

Herramientas para  
la Protección de los  
Derechos Humanos

Sumarios de  
Jurisprudencia

Edición actualizada

IGUALDAD Y  
NO DISCRIMINACION



**CEJIL**

*SUMARIOS DE  
JURISPRUDENCIA*

*Igualdad y  
No Discriminación*

**CEJIL**

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional  
Center for Justice and International Law  
Centro pela Justiça e o Direito Internacional  
Perrnontok Kowantok Wacüpe Yuwanin Pataset



**Sumarios de Jurisprudencia / Igualdad y No Discriminación**, Edición actualizada

Center for Justice and International Law - CEJIL, 2016.

304 p.; 24 x 17 cm.



Se autoriza la reproducción del contenido de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

Compilación:

**Celina Giraudy**

**Liliana Tojo**

Asistentes:

**Yamila Aro (consultora)**

**Amparo Valladares Canals (pasante)**

**Pamela Santa Cruz Melgarejo (pasante)**

Equipo de traducción:

**Natalia Giollo**

**Santiago Krsul**

Producción General,

Diseño Editorial y de Tapa:

**Folio Uno S.A.**



CEJIL es una organización no gubernamental sin fines de lucro con estatus consultivo ante la Organización de Estados Americanos (OEA), el Consejo Económico y Social de la ONU y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

*SUMARIOS DE  
JURISPRUDENCIA*

*Igualdad y  
No Discriminación*

CEJIL



*ACTUALMENTE EL TRABAJO DE CEJIL ES POSIBLE GRACIAS  
AL GENEROSO APORTE DE LAS SIGUIENTES AGENCIAS:*

*DAN CHURCH AID*

*EMBAJADA REAL DE NORUEGA EN GUATEMALA*

*FONDO SIGRID RAUSING*

*FONDO VOLUNTARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA  
LAS VÍCTIMAS DE LA TORTURA*

*FUNDACIÓN MACARTHUR*

*FUNDACIÓN OAK*

*FUNDACIÓN OPEN SOCIETY (FOSI)*

*HIVOS*

*MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE DINAMARCA  
(DANIDA)*

*MISEREOR*

*FUNDACIÓN NACIONAL PARA LA DEMOCRACIA (NED)*

*PAN PARA EL MUNDO-SERVICIO PROTESTANTE PARA  
EL DESARROLLO*

*FUNDACIÓN OVERBROOK*

*OFICINA PARA ASUNTOS EXTERIORES DEL PRINCIPADO  
DE LIECHTENSTEIN*

*UNIÓN EUROPEA*

*Y OTROS DONANTES QUE HAN PEDIDO MANTENERSE  
ANÓNIMOS.*

*AGRADECEMOS ESPECIALMENTE EL APOYO BRINDADO POR  
DANIDA PARA LA PRODUCCIÓN DE ESTE LIBRO*



**MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE DINAMARCA**

**DANIDA**

**COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL AL DESARROLLO**

## *PRESENTACIÓN*

En el año 2009 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentó el volumen *Igualdad y no Discriminación*, inaugurando así su colección de *Sumarios de Jurisprudencia*, destinada a poner a disposición de defensores y defensoras de los derechos humanos información –organizada a partir de ejes temáticos– sobre estándares de jurisprudencia interamericana, apuntando de este modo a facilitar su acceso y utilización.

Varios años después de ese primer paso, la Colección se ha consolidado como material de referencia de buena parte de la comunidad internacional de defensores y defensoras de derechos humanos y ha ampliado sus contenidos incluyendo decisiones de otros espacios y organismos regionales.

En esa línea, CEJIL ha decidido actualizar aquella primera edición, sumando estándares desarrollados por la Corte Europea de Derechos Humanos y los últimos desarrollados por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en relación con el derecho a la igualdad y la garantía de no discriminación, así como un índice temático que permite la consulta cruzada de los textos incluidos en el volumen.

La variedad de temas abarcados tales como racismo, mujeres, niños y niñas, comunidades indígenas, migrantes, entre otros muchos; al igual que los distintos países involucrados en los casos, permite acceder a un amplio abanico de situaciones de discriminación y desigualdad que cruzan el continente y que han motivado algún tipo de respuesta por parte de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Para esta segunda edición quisiéramos agradecer a todas las personas que hicieron posible esta publicación. En particular a Yamila Aro, consultora de CEJIL, a Amparo Valladares Canals y Pamela Santa Cruz Melgarejo, que durante sus pasantías en la Oficina de Buenos Aires contribuyeron en las distintas etapas de producción de esta publicación; y a Natalia Giollo y Santiago Krsul que trabajaron en la traducción de los textos.

Esperamos que esta nueva edición cuente con igual aceptación que la anterior y siga contribuyendo a la defensa de los derechos humanos en el continente.

2015  
Viviana Krsticevic  
Directora Ejecutiva

# *Tabla de Contenidos*

## *Sumarios de Jurisprudencia referida a los Principios de Igualdad y No Discriminación*



## TABLA DE CONTENIDOS:

### *SUMARIOS DE JURISPRUDENCIA REFERIDA A LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

#### *I) OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

OC-4/84 del 19 de enero de 1984 - Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización - Solicitada por el Gobierno de Costa Rica 1

OC-16/99 del 1° de octubre de 1999 - El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal - Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos 17

OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 - Condición jurídica y derechos humanos del niño - Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 23

OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 - Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados - Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos 31

#### *II) SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Yatama vs. Nicaragua - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas - Sentencia de 23 de junio de 2005 63

Atala Riffo y niñas vs. Chile - Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 24 de febrero de 2012 73

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. 109

Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014	125
Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014	133
Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.	149
Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015.	157

### *III) SENTENCIAS DE LA CORTE EUROPEA DE DDHH*

Gaygusuz vs. Austria Demanda N° 17371/90 - Sentencia del 16 de septiembre de 1996	181
Thlimmenos vs. Grecia Demanda N° 34369/97 - Sentencia del 6 de abril del 2000	187
Pretty vs. Reino Unido Demanda N° 2346/2000 - Sentencia del 29 de abril de 2002	193
Karner vs. Austria Demanda N° 40016/98 - Sentencia del 24 de octubre del 2003	197
Koua Poirrez vs. Francia Demanda N° 40892/98 - Sentencia del 30 de septiembre del 2003	203
Ünal Tekeli vs. Turquía Demanda N° 29865/96 - Sentencia del 16 de noviembre de 2004.	209

Timishev vs. Rusia	217
Demandas N° 55762/00 y 55974/00 - Sentencia del 13 de diciembre de 2005	
Zarb vs. Malta	221
Demanda N° 17209/02 - Sentencia del 20 de septiembre de 2006	
D.H. y otros vs. República Checa	231
Demanda N° 57325/00 - Sentencia del 13 de noviembre de 2007	
Glor vs. Suiza	245
Demanda N° 13444/04 - Sentencia del 30 de abril de 2009	
Sejdić y Finci vs. Bosnia-Herzegovina	255
Demanda N° 27996/06 y 34836/06 - Sentencia del 22 de diciembre del 2009	
Milanovic vs. Serbia	263
Demanda N° 44614/07- Sentencia del 14 de diciembre de 2010	
Kiyutin vs. Rusia	269
Demanda N° 2700/10 - Sentencia del 10 de marzo del 2011	
Laduna vs. Eslovaquia	281
Demanda N° 31827/02 - Sentencia del 6 de junio de 2012	

*Corte IDH*  
*Opinión Consultiva OC-4/84*  
*del 19 de enero de 1984*

*Propuesta de modificación a la*  
*Constitución Política de Costa Rica*  
*relacionada con la naturalización*

*Solicitada por*  
*el Gobierno de Costa Rica*



[...]

#### IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA DISCRIMINACIÓN

52. Tanto las disposiciones del proyecto sometido a la interpretación de la Corte, como el propio texto constitucional vigente, contienen diferencias de tratamiento respecto a las condiciones de adquisición de la nacionalidad costarricense por naturalización. En efecto, los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto establecen plazos distintos de residencia oficial como requisito para la adquisición de la nacionalidad, según el aspirante tenga o no la nacionalidad por nacimiento de otros países de Centroamérica, España e Iberoamérica. Por su lado, el párrafo 4 del mismo artículo dispone ciertas condiciones especiales de naturalización para “la mujer extranjera” que case con costarricense. Aún cuando, si bien con diferente entidad y sentido, esas distinciones están también presentes en el vigente artículo 14 de la Constitución, es necesario preguntarse si las mismas no constituyen hipótesis de discriminación, incompatibles con los textos pertinentes de la Convención.

53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

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

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

55. 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 incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. 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 sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” [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, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

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

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en

el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

59. En esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense.

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

61. Menos evidente es la procedencia de la distinción que se hace en los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto de reforma, entre los centroamericanos, iberoamericanos y españoles según lo sean por nacimiento o naturalización. En efecto, siendo la nacionalidad un vínculo que existe por igual en unos y otros, la diferenciación propuesta parece basarse en el lugar de nacimiento y no en la cultura del aspirante a obtener la nacionalidad. Sin embargo, las normas mencionadas podrían expresar más bien un grado de prevención respecto del rigor con el cual los otros Estados hubieran podido conceder su nacionalidad a quienes ahora aspiran a cambiarla por la costarricense y que en consecuencia no constituiría suficiente garantía de aproximación a los valores e intereses de la comunidad costarricense, el hecho de haber obtenido previamente la naturalización es-

pañola o de otros países de Centroamérica o Iberoamérica. Ese criterio podría quizás ser discutido desde puntos de vista que la Corte no entrará a considerar, aunque resulta más difícil de comprender si se tienen en cuenta los otros requisitos que tendría que cumplir el aspirante según el artículo 15 del proyecto. Pero no puede concluirse que el proyecto contenga una orientación inequívocamente discriminatoria.

62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.

[...]

65. En el primer tercio del presente siglo se inicia un movimiento contra estos principios tradicionales, tanto por el reconocimiento de la capacidad decisiva de la mujer, como por la difusión de la igualdad de los sexos dentro del concepto de la no discriminación por razón del mismo. Esta evolución, que se puede comprobar con un análisis de derecho comparado, encuentra su impulso determinante desde el plano internacional. En el ámbito americano, el 26 de diciembre de 1933, se celebró el Convenio de Montevideo sobre la Nacionalidad de la Mujer, que en su artículo 1 estableció: "No se hará distinción alguna, basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica" ("Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 3-26 diciembre 1933". En Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936, Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938, pág. 452). También el Convenio sobre Nacionalidad suscrito en la misma fecha, en Montevideo igualmente, determinó en su artículo 6: "Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos" (Ibid., pág. 454). Por su parte, la Declaración Americana en su artículo II estableció: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los deberes y derechos consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". Estos mismos principios han sido incorporados en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 3.j) de la Carta de la OEA.

66. En esa tendencia se inscribe lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Convención, según el cual

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Concordando esta disposición con la norma general que establece la igualdad ante la ley, según el artículo 24, y la prohibición de toda discriminación en razón de sexo prevista en el artículo 1.1, puede establecerse que este artículo 17.4 es la aplicación concreta de tales principios generales al matrimonio.

67. En consecuencia, la Corte interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio. En este aspecto, sin perjuicio de otras observaciones que se hicieron al texto de la resolución propuesta por los diputados dictaminadores, (cf. supra, párrs. N° 45 et seq), ésta expresa el principio de igualdad conyugal y, en consecuencia, se adecua mejor a la Convención. Según ese proyecto tales condiciones serían aplicables no sólo a “la mujer extranjera” sino a toda “persona extranjera” que case con costarricense.

### *LA CORTE ES DE OPINIÓN,*

[...]

En relación con los artículos 24 y 17.4 de la Convención,

Por unanimidad

2. Que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.

Por cinco votos contra uno

3. Que no constituye discriminación contraria a la Convención limitar esa preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento.

Por cinco votos contra uno

4. Que no constituye, en sí mismo, discriminación contraria a la Convención agregar los requisitos del artículo 15 del proyecto, para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización.

Por unanimidad

5. Que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.

Disienten:

El Juez Buergenthal respecto al punto 3.

El Juez Piza Escalante respecto a los puntos 1 y 4.

[...]

*OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ  
THOMAS BUERGENTHAL*

[...]

4. La forma en que la Corte ha interpretado el artículo 24 de la Convención (y cabe señalar que estoy de acuerdo con esa interpretación) lleva, en mi opinión, a la conclusión de que la distinción que se pretende establecer es discriminatoria, ya que es desproporcionada y no guarda una relación razonable con los fines estatales que se persiguen con el proyecto de reforma. Al llegar a esta conclusión, no estoy negando el derecho que tiene todo Estado Parte en la Convención de adoptar clasificaciones legislativas con base en los vínculos históricos, culturales, sociales, lingüísticos y políticos que unen a los centroamericanos, españoles e iberoamericanos. Nadie que esté familiarizado con esta región del mundo puede desconocer la validez de esos vínculos, a pesar de que a veces se llegan a presentar reclamos exagerados en nombre de ellos. Sin embargo, dada esta realidad y las normas que rigen la interpretación y aplicación del artículo 24 de la Convención, y aun si quisiera cuestionar la sabiduría de la legislación propuesta, no me queda otra alternativa que reconocer que el que Costa Rica trate a otros centroamericanos y a españoles e iberoamericanos de una manera distinta a la forma en que trata a los nacionales de otros países para fines de naturalización, no

resulta incompatible con la Convención. No obstante, cuando se clasifica de manera distinta a centroamericanos, españoles e iberoamericanos con base en si son nacionales por nacimiento o por naturalización, me veo obligado a preguntar, aplicando las normas de interpretación adoptadas por la Corte, qué tan razonable y proporcionada es esa clasificación, teniendo presentes los legítimos fines estatales que se persiguen con el proyecto de reforma.

5. Al responder a esta pregunta, cabe señalar que el artículo 15 del proyecto de reforma a la constitución exige que toda persona que solicite la nacionalidad costarricense demuestre que sabe hablar, escribir y leer el idioma español. También tendría que tomar un examen comprensivo acerca de la historia del país y de los valores que Costa Rica enaltece. Por otro lado, nadie que tenga una nacionalidad de origen distinta puede adquirir legalmente por naturalización la nacionalidad de ningún país centroamericano, ni iberoamericano, ni de España, a menos que haya residido en esos países durante un lapso considerable que por lo general abarca entre tres y siete años. Si a este plazo agregamos el requisito de cinco años de residencia en Costa Rica que estipula el artículo 14.2 de la legislación propuesta, tendríamos que los centroamericanos, españoles e iberoamericanos por naturalización no podrían adquirir la nacionalidad costarricense en menos de ocho años, y en la mayoría de los casos en un tiempo mucho más largo, aún si se les diera un trato exactamente igual al que contempla el artículo 14.2 para los ciudadanos de esos países por nacimiento<sup>1</sup>.

6. ¿Qué legítimo fin estatal se logra al exigir que estos centroamericanos, españoles e iberoamericanos naturalizados esperen dos años más que sus compatriotas? Podría argüirse que estas personas pudieron haber adquirido su anterior nacionalidad en forma fraudulenta. Esto es cierto. Sin embargo, de acuerdo con el derecho internacional Costa Rica no está obligada a reconocer una nacionalidad que no esté fundamentada en vínculos verdaderos y efectivos entre el individuo y el Estado que la otorga. Además, la posibilidad de que un pequeño porcentaje de solicitantes actuara en forma deshonesto, difícilmente podría considerarse un motivo justificado para castigar a la gran mayoría de extranjeros honrados. También podría argüirse que los dos años adicionales son necesarios para que estas personas hablen mejor el idioma español o adquieran mayores conocimientos de la historia, cultura y forma de vida costarricenses. Esto también es cierto, pero el artículo 15 de este mismo proyecto de reforma a la Constitución se ocupa ya de este aspecto; ahí se requiere que el Gobierno de Costa Rica logre ese fin de una manera más racional y menos desproporcionadamente perjudicial, a través de exámenes destinados a medir lo que cada individuo sabe acerca de Costa Rica, en vez de dar por sentada la ignorancia de todos.

7. Por el motivo expuesto, he llegado a la conclusión de que la distinción hecha en el artículo 14 del proyecto de reforma a la Constitución entre nacionales por nacimiento y nacionales por naturalización, no guarda una relación razonable con los fines estatales que se persiguen con el proyecto de legislación si éste se examina en conjunto, como tiene que examinarse, y que, por lo tanto, no es compatible con el artículo 24 de la Convención.

[...]

*VOTO SEPARADO DEL JUEZ  
RODOLFO E. PIZA ESCALANTE*

[...]

*CONCLUSIONES:*

[...]

8. En general, comparto las razones de la opinión de la mayoría sobre los ámbitos diferentes de aplicación que corresponden a los artículos 1.1 y 24 de la Convención, el primero al establecer y determinar los principios de igualdad y de no discriminación que integran específicamente los derechos consagrados en la misma, el segundo al crear una especie de derecho autónomo a la igualdad y a la no discriminación, que opera como criterio de todos los derechos subjetivos, es decir, inclusive de los no fundamentales o no consagrados en la Convención; así como la conclusión de principio de que no toda desigualdad o distinción es ilegítima ni, por ende, discriminatoria, para cuya determinación hay que acudir a criterios más o menos objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia (v. opinión ppal., párrs. 53 a 59). Sin embargo, para fundamentar de una más objetiva y clara la aplicación de conceptos necesariamente indeterminados como los aludidos, me parece útil agregar las siguientes consideraciones aclaratorias:

9. En primer lugar, esa misma diferencia de supuestos y ámbitos de aplicación sugiere la necesidad de establecer si los criterios de igualdad y de no discriminación de la disposición genérica del artículo 1.1, son o no los mismos del artículo 24; porque podría argumentarse que no son igualmente importantes los derechos y libertades fundamentales, garantizados directamente por la Convención, y los demás derechos subjetivos, librados a la jurisdicción interna de cada Estado, por lo que las desigualdades o discriminaciones posibles respecto de unos y otros no revestirían igual gravedad. Sin embargo, considero

que, a pesar de esas diferencias de grado o intensidad entre unos y otros derechos, no hay razón válida para dar a los conceptos de igualdad y de no discriminación contenidos distintos en un caso y en el otro: en primer lugar, porque la Convención no los definió de manera diversa, sino que simplemente, en el artículo 24 del todo no los definió, lo cual hace suponer que simplemente aludió al contenido que sí está definido en el artículo 1; en segundo, porque el artículo 24 sí consagra la igualdad y la no discriminación como derechos autónomos protegidos por la Convención, lo cual implica que, como tales, son derechos fundamentales garantizados por el Derecho Internacional, lo que hace que ellos mismos estén calificados por el artículo 1 y que no haya ninguna justificación para afirmar que no lo estén con igual extensión e intensidad. Dicho de otra manera, los Estados Partes de la Convención, al comprometerse "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...", asumieron también esa obligación en relación con el derecho autónomo a la igualdad y no discriminación consagrado por el artículo 24 de la misma, de manera que no existe ninguna razón para suponer que los conceptos de igualdad y de no discriminación de este último sean menos precisos ni más flexibles que los del artículo.

10. En segundo lugar, parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común. La igualdad penetró en el Derecho Internacional cuando ya el Derecho Constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la "igualdad ante la ley", que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de "la peor de las injusticias", y sustituirlo por el concepto moderno de la "igualdad jurídica", entendido como una medida de justicia, que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual. En este sentido, la "igualdad jurídica" postula un derecho de los hombres a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin discriminaciones, y la no discriminación implica esa misma igualdad jurídica desde el punto de vista del derecho a no ser tratado con desigualdad, valga decir, a no ser objeto de distinciones, deberes, cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias. El peso de las desigualdades ha hecho que, por razones históricas, la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación.

11. Este concepto de no discriminación se encuentra, si no definido, calificado en la Convención Americana únicamente en el artículo 1.1, según el cual

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

12. La formulación literal de ese principio en el texto de la Convención (“sin discriminación alguna”, “*sem discriminação alguma*”, “*without any discrimination*”, “*sans distinction aucune*” en los textos español, portugués, inglés y francés), obliga a plantearse la cuestión en términos semejantes a los que llevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la siguiente argumentación doctrinaria, la que se cita en el párrafo 56 de la opinión de mayoría y que transcribo:

(...) A pesar de la formulación muy general de su versión francesa “*sans distinction aucune*” (sin distinción alguna), el artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esta versión debe leerse a la luz del texto, más restringido, de la versión inglesa “*without discrimination*” (sin discriminación). Además, y sobre todo, se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar. Se llegaría así a considerar contrarias al Convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguran a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho. En consecuencia, la interpretación extensiva arriba citada no puede adoptarse.

Importa, por tanto, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato dada, relativa, por supuesto, al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidas, contraviene o no el artículo 14. A este respecto, el Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, considera que la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio

de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de Parte Contratante, responde de la medida impugnada. Al proceder así, no ha de sustituirse a las autoridades nacionales competentes, con olvido del carácter subsidiario del mecanismo internacional de garantía colectiva instaurado por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio. El control del Tribunal no se refiere sino a la conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio (*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, pág. 34*)

13. A fin de facilitar una clara diferenciación objetiva entre las discriminaciones arbitrarias, proscritas por la Convención, y las distinciones legítimas, que pertenecen íntegramente a la competencia de cada Estado y que no son susceptibles de generar normas incompatibles ni, en su caso, conductas violatorias de los derechos humanos consagrados en la Convención, considero que el concepto de discriminación, cuya definición general en la opinión de mayoría comparto, debe calificarse en función de tres criterios básicos, que llamaré de "razonabilidad", en función de la naturaleza y fin del derecho o institución que califique; de "proporcionalidad", en relación con los principios y valores entrañados en la totalidad del ordenamiento al que ese derecho o institución pertenezca; y de "adecuación", a las circunstancias -históricas, políticas, económicas, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la sociedad en que opera.

14. De acuerdo con el criterio de "razonabilidad", una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1 de la Convención o de los similares implicados en él, sería discriminatoria y, por ende, ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común, aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. La calificación de esos criterios de razonabilidad en cada caso concreto, es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando, eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles, ajustados a aquellos principios.

15. De acuerdo con el criterio de "proporcionalidad", una distinción, aún siendo razo-

nable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria si no se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo. De este modo, una distinción razonable en materia de concesión de la nacionalidad, que podría justificarse objetivamente de conformidad con la naturaleza y fines de esa concreta institución, podría siempre ser discriminatoria y, por ende, ilegítima, si, examinada a la luz de los principios y valores de la Convención como un todo, resultara contradictoria con los mismos, como ocurriría, por ejemplo, si se fundara en criterios de discriminación racial, porque éstos están repudiados de una manera absoluta por el Derecho Internacional.

16. Finalmente, de acuerdo con el criterio de “adecuación”, una distinción, aún razonable y proporcionada con base en los razonamientos de los dos párrafos anteriores, todavía puede resultar discriminatoria e ilegítima con vista de las circunstancias relativas -históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos. En este sentido es posible que unas determinadas limitaciones o preferencias, por ejemplo, por razones de nivel educativo, razonables, proporcionadas y justificables en una sociedad desarrollada en ese campo, podrían resultar inaceptables en una con un alto grado de analfabetismo: obviamente, a la luz de los principios democráticos no podría calificarse igual la exigencia de saber leer y escribir para poder elegir o ser electo, en una sociedad en que la gran mayoría de la población es analfabeta, que en una en que no lo es.

### *III. APLICACIÓN DE LO ANTERIOR A LA CONSULTA EN GENERAL*

[...]

20. Sin embargo, quizás no estaría de más consignar una inquietud complementaria: la de que, en aras de un ajuste más cabal del ordenamiento costarricense a la naturaleza y fines de la nacionalidad, sería deseable que se dejara a la legislación ordinaria la posibilidad de prever excepciones a la rigidez del sistema, que se hicieran cargo de circunstancias especiales, como podrían ser, por ejemplo, las de extranjeros naturalizados en aquellos países desde su niñez o residentes desde su niñez en ellos, los cuales debe suponerse que han asimilado la cultura y los valores de su comunidad prácticamente con igual intensidad que los naturales.

21. Cosa muy diferente me parece, en disidencia con la opinión principal, la inclusión que el proyecto de reformas hace, en el artículo 15 de la Constitución, de rigurosos requisitos adicionales para obtener la nacionalidad costarricense: concretamente, los de conocer el idioma español y someterse a un examen comprensivo (sic) acerca de la historia del país y sus valores, requisitos que analizo a continuación a la luz de la interpretación, dada por la mayoría y desarrollada más extensamente por mí, a los principios de igualdad y de no discriminación, en relación con el derecho a la nacionalidad.

22. En lo que dice a la exigencia, que el proyecto de reformas incluye textualmente, de “hablar, leer y escribir el idioma español”, la primera cuestión a examinar es la de si esa exigencia no constituye una “discriminación por motivos de...idioma”, proscrita expresamente por el artículo 24 y conforme a los criterios del artículo 1.1 de la Convención, en el sentido ya expuesto de una “discriminación irrazonable y desproporcionada” conforme a la naturaleza y fin del derecho a la nacionalidad, a su inserción en la totalidad del Derecho de la Convención y a las circunstancias de la sociedad en que está destinada a operar.

23. En principio comparto la inquietud expuesta en el proyecto de reforma constitucional consultado, de que, siendo el español el idioma oficial del país, es deseable que todos los costarricenses lo conozcan y puedan comunicarse en él. Sin embargo, la igualdad y la no discriminación no pueden operar en el vacío ni, por lo tanto, en el abandono de las condiciones concretas de la sociedad en que viven. En este sentido, mi preocupación surge del hecho de que entre los propios naturales del país, hay personas y comunidades importantes que no conocen el idioma español, o que no lo conocen bien, y que inclusive no lo hablan como lengua nativa: comunidades indígenas que, aunque pequeñas y aisladas, conservan sus lenguas ancestrales y hasta se resisten a aprender o a tener que utilizar la oficial; y una importante comunidad de costarricenses de origen jamaicano, que conservan su lengua y muchos de los cuales tienen al menos dificultades para desenvolverse correctamente en español. Por cierto que el Estado costarricense, imbuido de la conveniencia y hasta del deber de preservar las culturas autóctonas y los derechos de las minorías en el país, tiene en curso programas de enseñanza y de promoción de la cultura en las lenguas indígenas, así como, reconociendo su realidad cultural, ha provisto a tribunales y a oficinas públicas con intérpretes oficiales de esas lenguas nativas o minoritarias.

24. Con todo, no parece irrazonable, ni desproporcionado, ni arbitrario, que se imponga a quien quiere obtener la nacionalidad costarricense un conocimiento del idioma oficial suficiente para comunicarse en él, sin el cual le sería punto menos que imposible convivir, asimilar su cultura y tradición, comprender y cumplir sus deberes ciudadanos y legales, ejercer sus derechos, en suma, incorporarse plenamente a la nación, conforme a

la excelente definición constitucional del domicilio como “residencia y vinculación, efectivas y estables, a la comunidad nacional” [art. 15 párr. 2 Const.].

25. Lo que sí constituiría, a mi juicio, una contradicción con el Derecho de los Derechos Humanos, y específicamente una discriminación en los términos de la Convención, sería que se llevara esa exigencia de lenguaje a los extremos del proyecto consultado: “saber hablar, leer y escribir el idioma español” [art. 15 proyecto]; porque no es razonable, en función de la naturaleza y fin del instituto de la nacionalidad, tal como se describen en esta y la opinión principal, limitar ese privilegio por razones de nivel educativo -que poco o nada tiene que ver con la incorporación a la comunidad nacional- ; y porque, además, a la luz del sentido claramente restrictivo y desconfiado que el proyecto confiesa, así como del ambiente de que ha sido rodeado desde antes de su nacimiento y del contexto mismo de las reformas propuestas, es razonable esperar, en su aplicación previsible y normal, un ejercicio riguroso de criterios académicos, instrumentados para reducir la concesión de la nacionalidad a personas de alta calidad intelectual y, quizás, hasta de una heroica osadía. En este sentido, disiento de los razonamientos expuestos en el párrafo 63 de la opinión principal.

26. Similares razones, relativas, tanto a la norma en sí, como a su aplicación previsible y normal, me llevan a expresar, en disidencia también con las razones de la mayoría, en el mismo párrafo 63 de la opinión principal, que la proposición contenida en el proyecto de exigir, como condición para el otorgamiento de la naturalización, la presentación de un “examen comprensivo sobre la historia del país y sus valores”, me resulta irrazonable y desproporcionada y, por ende, discriminatoria en el sentido prohibido por la Convención. El recuerdo de prácticas semejantes para el otorgamiento del voto en los Estados Unidos (conocer la Constitución), que permitieron por años la exclusión de los negros del Sur, prácticas que finalmente la Corte Suprema de Justicia de ese país declaró inconstitucionales, por discriminatorias, me releva de mayor comentario.

[...]

35. En el caso de las modificaciones propuestas por la Comisión Dictaminadora en su moción sustitutiva del artículo 14 inciso 4) del proyecto, se plantea, en primer lugar, una agravación, a mi juicio, claramente irrazonable, desproporcionada y discriminatoria, en daño del cónyuge extranjero que por causa del matrimonio pierde su nacionalidad, al que sin una justificación adecuada al perjuicio, se le deja en condición de apátrida, por menos durante los dos años de matrimonio y residencia que el proyecto propone. Como dije, el hecho cierto de que esa apátrida no sería directamente imputable al Estado de Costa

Rica, sino al de la nacionalidad original, no le quita al primero cierta responsabilidad, derivada del compromiso genérico que le cae, como miembro de la comunidad internacional, de procurar progresivamente la eliminación de tal “limbo jurídico”, ni, sobre todo, la más específica de no agravarlo, retirando la concesión que ya otorgó, generosa al principio, pero vinculante después, a favor de quien resulta condenado a ese limbo por el hecho de contraer matrimonio con una costarricense. Nuevamente, la aplicación de los criterios de interpretación principistas y finalistas enunciados atrás [v. *supra*, N° 2 ss.], me permite arribar a la conclusión de que las modificaciones propuestas son contrarias al derecho a la nacionalidad del artículo 20.1 de la Convención, en función de los de protección a la familia del artículo 17.1 y 2 de los principios de igualdad y de no discriminación de los artículos 1.1 y 24. En este sentido, formalmente disiento de la conclusión anunciada en el párrafo 48 de la opinión principal que se tradujo en general en la conclusión N° 1 de la misma [v. mi voto N° 6(c)].

36. En segundo lugar, la moción de la Comisión Dictaminadora, al excluir del derecho preferente a la naturalización por matrimonio, como se dijo, al cónyuge extranjero que no pierda por causa del mismo su nacionalidad [v. *supra*, N° 30(b) y opinión ppal. párr. 47], crearía a mi juicio una aún más patente discriminación, totalmente injustificada, hija sólo de la casualidad, en perjuicio de personas que no merecen ninguna calificación diferente desde el punto de vista del otorgamiento de la nacionalidad costarricense, porque es obvio que la preferencia de unas y la posposición de las otras no tienen nada que ver con su mayor o menor asimilación a la comunidad nacional, que es, en último término, el único criterio razonable para fundamentar distinciones legítimas en esta materia. En este punto, pues, considero que la moción sí es discriminatoria e incompatible con los artículos 20.1, 24 y 1.1 de la Convención. Nuevamente disiento del párrafo 48 y de la conclusión N°. 1 de la opinión principal [v. mi voto N° 6(d)].

## Notas

- 1 Me doy cuenta, desde luego, que la legislación propuesta hace posible que estos individuos adquieran la nacionalidad costarricense después de haber residido en el país por un período de siete años. Mi punto es, sin embargo, que colocar a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por naturalización en la misma categoría que a todos los otros extranjeros y darle una posición preferencial a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento, es desconocer los muchos años de residencia en estos países de los ciudadanos naturalizados y su especial vinculación a estas regiones favorecidas por la legislación propuesta.

*Corte IDH*  
*Opinión Consultiva OC -16/99*  
*del 1° de octubre de 1999*

*El derecho a la información sobre  
la asistencia consular en el marco de las  
garantías del debido proceso legal*

*Solicitada por los  
Estados Unidos Mexicanos*



[...]

## *I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA*

1. El 9 de diciembre de 1997 los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México” o “el Estado solicitante”) sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) una solicitud de opinión consultiva sobre “diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados [a]mericanos” (en adelante “la consulta”). Según las manifestaciones del Estado solicitante, la consulta se relaciona con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.

[...]

## *X. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL*

[...]

117. En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

118. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales<sup>84</sup>, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”<sup>85</sup> y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”<sup>86</sup>.

119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales<sup>87</sup> y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

120. Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.

121. En el caso al que se refiere la presente Opinión Consultiva, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene -y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía- se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

122. En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

[...]

*VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ*  
*A. A. CANÇADO TRINDADE*

[...]

*III. LA CRISTALIZACIÓN DEL DERECHO INDIVIDUAL SUBJETIVO*  
*A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR*

23. La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de jure*, notadamente *vis-à-vis* los migrantes), en un mundo "globalizado" en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar.

[...]

28. En el mundo interdependiente de nuestros días, la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos se impone por aplicación del principio de la no-discriminación, de gran potencial (no suficientemente desarrollado hasta la fecha) y de importancia capital en la protección de los derechos humanos, extensiva a este aspecto de las relaciones consulares. Tal derecho, situado en la confluencia entre dichas relaciones y los derechos humanos, contribuye a extender el manto protector del Derecho a aquellos que se encuentran en situación de desventaja -los extranjeros detenidos- y que, por eso, más necesitan de dicha protección, sobre todo en los medios sociales constantemente amenazados o atemorizados por la violencia policial.

[...]

## VOTO CONCURRENTE RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

[...]

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal -en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

[...]

### Notas

- 84 Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9; párr. 27.
- 85 El *Hábeas Corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A N° 8; párr. 25.
- 86 Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9; párr. 28. Cfr. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C N° 30; párr. 74; Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C N° 33; párr. 62.
- 87 Cfr. Declaración Americana, art. II y XVIII; Declaración Universal, arts. 7 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...), arts. 2.1, 3 y 26; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, arts. 2 y 15; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2,5 y 7; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, arts. 2 y 3; Convención Americana, arts. 1, 8.2 y 24; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 14.

*Corte IDH*  
*Opinión Consultiva OC -17/02*  
*del 28 de agosto de 2002*

*Condición jurídica y*  
*derechos humanos del niño*

*Solicitada por la*  
*Comisión Interamericana*  
*de Derechos Humanos*



[...]

## I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la Convención” o “el Pacto de San José”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) una solicitud de Opinión Consultiva (en adelante “la consulta”) sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

2. En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que [e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.

3. De conformidad con las manifestaciones de la Comisión, existen ciertas “premisas interpretativas” que autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de éstos. Dichas medidas son las siguientes:

- a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.

- c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.
  - d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.
4. La Comisión incluyó en la consulta una solicitud a este Tribunal para que se pronuncie específicamente sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales que algunos Estados adoptan en relación a menores, con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana:
- a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
  - b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor;
  - c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
  - d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor[; y]
  - e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

[...]

## VI. IGUALDAD

43. Como lo hicieron notar [...] es preciso puntualizar el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños. En ocasiones anteriores, este Tribunal ha manifestado que el artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar

y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, *per se*, incompatible con ésta<sup>46</sup>.

44. En un sentido más específico, el artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 "se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley"<sup>47</sup>.

45. En una opinión consultiva, la Corte hizo notar que [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza<sup>48</sup>.

46. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"<sup>49</sup>. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"<sup>50</sup>. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.

47. Asimismo, este Tribunal estableció que: [n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo

proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>51</sup> (Infra 97).

48. La propia Corte Interamericana ha establecido que no existe "discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio"<sup>52</sup>.

[...]

55. Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.

[...]

## *IX. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS EN QUE PARTICIPAN LOS NIÑOS*

### **Debido proceso y garantías**

[...]

95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las

diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

97. A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la *Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que

[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales<sup>101</sup> y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas<sup>102</sup> (*supra* 47).

98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

[...]

### *LA CORTE, [...] ES DE OPINIÓN*

[...]

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

[...]

## VOTO CONCURRENTE RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ [...]

[...]

27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra* -y en ello es enfática la Opinión Consultiva- que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe -una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho- y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.

28. Es sobradamente sabido que en el proceso social -no público, no privado- se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta Opinión Consultiva<sup>216</sup> (párrs. 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquellos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.

[...]

30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado -piénsese, sobre todo, en los de edades

más tempranas- para desenvolver una actuación personal como la que puede asumir un adulto, avezado o por lo menos maduro (párr. 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza -las declaraciones, entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley procesal-; no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y en otro caso, es posible -habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí se dirimen- que exista una contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es este el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.

[...]

## Notas

- 46 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, (...) párr. 53.
- 47 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, (...) párr. 54.
- 48 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, (...) párr. 55.
- 49 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, (...) párr. 55.
- 50 Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, párr. 42; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, párr. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párr. 34.
- 51 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, (...) párr. 57.
- 52 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, (...) párr. 56.
- 101 Cfr. Artículos II y XVIII Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; artículos 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2 y 15 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; artículos 2.5 y 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículos 1, 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- 102 El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, *supra* nota 8, párr. 119.
- 216 Cfr. 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 1º de octubre de 1999. Serie A Nº 16, párr. 119. En sentido similar, asimismo, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A Nº 4, párr. 57.

*Corte IDH*  
*Opinión Consultiva OC-18/03*  
*del 17 del septiembre de 2003*

*Condición jurídica y derechos*  
*de los migrantes indocumentados*

*Solicitada por los*  
*Estados Unidos Mexicanos*



[...]

## I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 10 de mayo de 2002 el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "México" o "el Estado solicitante"), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana", "la Convención" o "el Pacto de San José"), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") una solicitud de opinión consultiva (en adelante también "la consulta") sobre la "[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano". Además, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

2. Asimismo, México expuso las consideraciones que originaron la consulta, y entre ellas señaló que:

Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos.

[...]

En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al Gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA. El Gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la

pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones a los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos.

[...]

*VI. OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS  
DERECHOS HUMANOS Y  
CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD  
Y NO DISCRIMINACIÓN*

[...]

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (...), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio<sup>32</sup>”.

84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales<sup>33</sup>. El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

87. El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que:

[I]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza<sup>34</sup>.

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"<sup>35</sup>. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"<sup>36</sup>. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran<sup>37</sup>. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser reclusos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

90. Al respecto, la Corte Europea indicó también que:
- “Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art.14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 (art.14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.”
- “En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención<sup>38</sup>.
91. Por su parte, la Corte Interamericana estableció que:
- [n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>39</sup>.
92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>40</sup>.

93. Además, el mencionado Comité indicó que:

[...] el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia<sup>41</sup>.

94. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que:

[l]os Estados Partes deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción" [...]. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. [...]

Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (art.25), en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros. No obstante, la experiencia del Comité en el examen de los informes demuestra que en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al Pacto. [...]

El Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda. [...]

Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto<sup>42</sup>.

95. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido<sup>43</sup>, en cuanto al principio de la igualdad y no discriminación, que éste

[s]ignifica que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.

96. Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.

### *CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

97. La Corte procede ahora a considerar si este principio es de *jus cogens*

98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens superviniente*, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales<sup>44</sup>.

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende

“directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”<sup>45</sup>. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

### *EFFECTOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

103. En cumplimiento de dicha obligación, 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 facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcio-

narios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

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

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

108. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o por-

que falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial<sup>46</sup>.

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

110. Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (...), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

## VII. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LOS MIGRANTES

111. Una vez establecidos el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los Estados de respetar y garantizar este principio, el Tribunal procederá a referirse a la migración en general y a la aplicación de dicho principio a las personas migrantes indocumentadas.

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

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

114. Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre "Protección de los migrantes", según la cual se debe tener presente "la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular". La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación "por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo"<sup>48</sup>. Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección<sup>49</sup>.

[...]

117. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes<sup>52</sup>.

118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

119. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que

[...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional<sup>53</sup>.

120. Al abordar el principio de la igualdad y no discriminación, se debe tener presente la continua evolución del derecho internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado, en su Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo<sup>54</sup>.

121. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, este Tribunal ha opinado<sup>55</sup>, en la referida Opinión Consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que

[...] para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones

de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

y que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

122. La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

123. Tal como ya ha señalado este Tribunal, el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal<sup>56</sup>.

124. Asimismo, la Corte ha indicado<sup>57</sup> que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>58</sup>”. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

125. Además, es importante establecer, como ya lo ha hecho la Corte, que “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas<sup>59</sup>”.

126. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.

127. Habiendo la Corte establecido lo que es aplicable a todos los migrantes, pasa a analizar, a continuación, los derechos de los trabajadores migrantes, en particular los indocumentados.

[...]

### *VIII. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS*

[...]

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus dere-

chos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

[...]

136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

[...]

148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

149. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.

[...]

153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de

su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

[...]

160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

[...]

### *IX. OBLIGACIONES ESTATALES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

[...]

164. Al respecto, la Declaración y el Programa de Acción de Durban adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia<sup>71</sup> instaron a todos los Estados a que “[r]evisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Asimismo, en el párrafo 9 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” se “pid[ió] a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes”.

[...]

169. Considerando que la presente Opinión se aplica a las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, la Corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.

[...]

172. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

[...]

### *LA CORTE, DECIDE*

por unanimidad,

[...]

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulnere un derecho fundamental.
2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discrimina-

torio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los traba-

jadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.
11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

[...]

*VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ  
A. A. CANÇADO TRINDADE*

[...]

*VI. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA NO-DISCRIMINACIÓN EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*

59. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su *corpus juris*, es precisamente el principio de la igualdad y la no-discriminación. Dicho principio, consagrado, como recuerda la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva (párr. 86), en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, asume especial importancia en relación con la protección de los derechos de los migrantes en general, y de los trabajadores migrantes indocumentados en particular. A la par del elemento constitutivo de la igualdad, -esencial al propio Estado de Derecho<sup>164</sup>-, el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales<sup>165</sup>, asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La discriminación es definida, en las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación, esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados<sup>166</sup>. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.

60. Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>167</sup>, e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario<sup>168</sup>. Al fin y al cabo, la normativa del Derecho Internacional, "debe, por definición, ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional"<sup>169</sup>". No es mi propósito abundar, en este Voto Concurrente, sobre la jurisprudencia internacional al respecto, por cuanto ya se encuentra analizada en detalles en una de mis obras<sup>170</sup>. Me limito, pues, aquí a señalar en resumen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, -al igual que la presente Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana (párrs. 84 y 168)-, en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.

61. Bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos ha efectivamente señalado el amplio alcance del artículo 26 del Pacto, que consagra el principio básico de la igualdad y no-discriminación: en su *comentario general n.º 18* (de 1989), el Comité sostuvo, sobre dicho principio, el entendimiento en el sentido de que el artículo 26 del Pacto consagra un "derecho autónomo", y la aplicación de aquel principio en él contenido no se limita a los derechos estipulados en el Pacto<sup>171</sup>. Esta postura avanzada del Comité de Derechos Humanos, sumada a la determinación por la Corte Europea de Derechos Humanos de una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso *Gaygusuz versus Austria* (1996), así como a los requisitos consagrados en la doctrina jurídica de que "distinciones" deben ser razonables y conformes con la justicia (para no incurrir en discriminaciones), han llevado a la sugerencia de la emergencia y evolución de un verdadero *derecho a la igualdad*<sup>172</sup>.

62. Pero a pesar de la búsqueda, por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, de la identificación de bases ilegítimas de la discriminación, esto no me parece suficiente; hay que ir más allá, por cuanto difícilmente la discriminación ocurre con base en un único elemento (v.g., raza, origen nacional o social, religión, sexo, entre otros), siendo antes una mezcla compleja de varios de ellos (y incluso habiendo casos de discriminación *de jure*). Además, cuando las cláusulas de no-discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un elenco de las referidas bases ilegítimas, lo que realmente pretenden con esto es eliminar *toda una estructura social discriminatoria*, teniendo en vista los distintos elementos componentes<sup>173</sup>.

64. La idea básica de todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden los derechos que les son inherentes como seres humanos en razón del desplazamiento, y están protegidos por la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario<sup>176</sup>. En la misma línea de razonamiento, la idea básica subyacente a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) es en el sentido de que todos los trabajadores calificados como migrantes bajo sus disposiciones deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica; de ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la no discriminación<sup>177</sup>. En suma, los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de los derechos humanos fundamentales, que no se condicionan por su situación jurídica (irregular o no)<sup>178</sup>. En conclusión sobre este punto, al principio fundamental de la igualdad y no-discriminación está reservada, desde la Declaración Universal de 1948, una posición verdaderamente central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[...]

### VIII. EMERGENCIA Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES DE PROTECCIÓN: DUS DIMENSIONES HORIZONTAL Y VERTICAL

74. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha señalado que el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *jus cogens*, "acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares" (párr. 110, cf. punto resol. N° 5)<sup>199</sup>. También sobre este particular me permito presentar algunas reflexiones, en respaldo a lo determinado por la Corte Interamericana. Es ampliamente reconocido, en nuestros días, que las normas imperativas del *jus cogens* efectivamente acarrear obligaciones *erga omnes*.

[...]

84. Con esto se puede asegurar prontamente un mínimo de protección convencional, por ejemplo, a los trabajadores migrantes indocumentados, en sus relaciones no sólo con el poder público sino también con otros individuos, en particular sus empleadores. Se puede, así, sostener que los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de derechos fundamentales *erga omnes*. En última instancia, el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para impedir la explotación laboral inescrupulosa,

y para poner fin a la misma. El Estado tiene el deber de asegurar la prevalencia del principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, que, como lo establece con acierto la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, es un principio del *jus cogens* (párr. 101, y punto resolutivo N° 4). El haber aclarado este punto básico constituye una valiosa contribución de la presente Opinión Consultiva N° 18 de la Corte.

[...]

### *VOTO RAZONADO CONCURRENTENTE DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ*

[...]

15. En el pensamiento generador de las declaraciones de derechos y en sus expresiones modernas figuran las invocaciones a la libertad y a la igualdad de los seres humanos. Esta trae consigo, primero implícitamente, luego en forma explícita que ya puebla numerosos documentos -como se indica en la presente Opinión Consultiva- el más completo y terminante rechazo de la discriminación por cualesquiera motivos. Aquella convicción profunda constituye la fuente de las luchas históricas del ser humano contra diversas formas de opresión -luchas que han culminado en la consagración de sucesivos conjuntos de derechos fundamentales- y son el cimiento sobre el que se construye el orden jurídico moderno.

16. La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del *jus cogens*, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones *erga omnes*.

17. Esa idea, que se afirma en la OC-18/2003, fue expresada en el curso de los trabajos conducentes a ella. Así, en la participación como *amicus curiae* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se mencionó, en síntesis, que "habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, deben ser consideradas como normas de *jus cogens*, y en ese sentido se trata de normas

de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional al cual no pueden oponerse válidamente el resto de (las) normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados". En fin, sin la consagración y vigencia de la igualdad ante la ley y el rechazo de la discriminación sería imposible entender el desarrollo humano y apreciar el momento actual de la evolución jurídica.

18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.

19. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.

20. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como "santuarios de infracciones": se reprueba en todos los casos. No importa, para este efecto, que aquélla se proyecte sobre derechos considerados primordiales, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diferente o una trascendencia distinta. Es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mis-

mas faltas en función de la pertenencia de los autores a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es -bajo el mismo título de reproche- proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su status migratorio.

21. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación quedan a prueba cuando entran en contacto diversos grupos humanos, llamados a participar en relaciones jurídicas y económicas que ponen en riesgo los derechos de quienes son más débiles o se hallan menos provistos, en virtud de sus circunstancias y de la forma en que se establecen y desenvuelven esas relaciones. Esto se ha observado -y hoy mismo se observa- en múltiples casos, por los más diversos motivos: nacionales y extranjeros, varones y mujeres, adultos y menores, mayorías y minorías étnicas, culturales, políticas y religiosas, vencedores y vencidos en contiendas internas e internacionales, grupos arraigados y grupos desplazados, sólo por ejemplo. Y eso acontece entre quienes forman parte del contingente laboral en su propio país y quienes concurren con ellos en los mismos procesos económicos, pero carecen de la condición de nacionales. Esta condición constituye el escudo de protección de unos; su ausencia significa, a menudo, el factor de exclusión o menoscabo de otros.

22. La pretensión irreductible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue, es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *jus cogens* y deberes *erga omnes*, como se dijo. En algunos casos hay avances estimables, aunque todavía insuficientes -así, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, que no alcanza, empero, a dominar la realidad y convertirse en unánime experiencia-, y queda mucho por recorrer en otros, como sucede en el ámbito de las relaciones laborales, cuando en él concurren trabajadores nacionales y extranjeros.

[...]

24. La presente Opinión Consultiva no niega la posibilidad de establecer diferencias entre categorías de sujetos: diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos. Desde luego, es factible que

un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias traería consigo consecuencias del mismo orden, pero no debiera acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante.

[...]

26. Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del Derecho Internacional General y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente, en lo que corresponde a estos extremos del *jus cogens*, aquellos deben desarrollar, como se sostiene en la OC-18/2003, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza -es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado- la efectiva vigencia -no sólo la consagración nominal- de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un Estado cumple sus obligaciones de *jus cogens* en esta materia, que, como se ha mencionado, no dependen de que el Estado sea parte en determinado convenio internacional, y sólo entonces quedaría a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales.

[...]

38. El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la OC-18/2003, entraña, por una parte, la mayor igualdad -equilibrio, "igualdad de armas"- entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue -en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo- cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.

## VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ HERNÁN SALGADO PESANTES

La presente Opinión Consultiva, solicitada por el Estado de México y enriquecida con los criterios de otros Estados y con el aporte intelectual de las organizaciones no gubernamentales, permitió realizar numerosas reflexiones, de las cuales quiero retomar algunas como apoyo a los criterios expuestos.

1. Dentro de la interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos la igualdad y la no discriminación son derechos sobre los cuales, a manera de plataforma, se construyen otros, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, cuyos contenidos no pueden prescindir de aquellos. Cosa similar sucede con la libertad.

2. Inseparable de la igualdad, está la no discriminación que determina el alcance de la primera. Al momento actual de la evolución de los derechos humanos, pienso que la igualdad y la no discriminación son dos derechos de contenido autónomo que tienen vida propia dentro de ese marco de interrelación indivisible.

3. Es sabido que la igualdad reconociendo la diversidad de los seres humanos acepta y propicia determinadas distinciones siempre que tiendan a fortalecer, no a impedir, el goce y el ejercicio de todos los derechos, incluida la misma igualdad. Estas distinciones, en consecuencia, no afectan el derecho a no ser discriminado. Tampoco restringen el concepto de igualdad.

4. En el marco de la presente Opinión, esta Corte ha diferenciado el término distinción de la discriminación (párrafo 84) y ha señalado sus elementos caracterizadores, sobre los cuales quiero insistir.

5. El concepto de distinción se refiere al trato diferente del que se aplica de modo general, es decir, se singulariza una situación concreta con fundamento en determinadas razones. Para que la distinción no se convierta en discriminación debe cumplir con las siguientes exigencias, establecidas por la doctrina y la jurisprudencia de los derechos humanos.

6. Que persiga un fin legítimo y que tengan carácter objetivo, en el sentido de que haya una diferencia sustancial y no meramente formal, pues como señaló esta Corte la distinción de trato debe estar fundada en *"supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma"*<sup>207</sup>.

7. Además, esa diferencia debe ser relevante, poseer una importancia suficiente para justificar un trato distinto, y ser necesaria y no únicamente conveniente o útil. Por ejemplo, no basta la diferencia varón-mujer para imponer un trato distinto en el trabajo, pero sí lo es el hecho del embarazo y de la maternidad.

8. Debe haber proporcionalidad entre la diferencia fáctica y la jurídica, entre los medios escogidos y los fines; la desproporción entre el contenido del trato diferente y la finalidad propuesta lleva a la discriminación. Por ejemplo, para mantener una política laboral se dispone que al trabajador indocumentado se le despoje de sus derechos fundamentales.

9. Junto a la proporcionalidad suele señalarse la idoneidad o adecuación, referida a las consecuencias jurídicas que se quieren alcanzar con el trato diferenciado y tomando en cuenta las condiciones concretas y actuales en que se va a aplicar la distinción.

10. Pero hay un común denominador frente a los anteriores, que afina el contenido y alcance de los otros elementos, y es la razonabilidad. El empleo de estos elementos permite detectar la presencia de la discriminación en una "categoría sospechosa", dada en el presente caso, por los migrantes trabajadores indocumentados.

11. Los migrantes trabajadores indocumentados tienen -como todo ser humano- los derechos de igualdad ante la ley y de no ser discriminados.

12. La igualdad ante la ley significa que deben ser tratados de la misma manera que los migrantes documentados y que los nacionales, ante la ley del país receptor. La prohibición de trabajar tiene que ser considerada en este contexto. La condición de trabajador indocumentado no puede convertirse jamás en fundamento para que no tenga acceso a la justicia y al debido proceso, para perder salarios devengados, no tener prestaciones sociales y ser objeto de diversos abusos y arbitrariedades.

13. Tales situaciones demuestran fehacientemente la existencia de una serie de tratamientos discriminatorios que buscan fundarse en la distinción documentados e indocumentados.

14. Como se expresa en la Opinión Consultiva, esta diferencia de trato no tiene justificación, no es necesaria ni proporcional, sus efectos no son razonables; contradice el fin mayor del Estado de respetar y garantizar los derechos de toda persona que, por razones laborales con documentos o sin ellos, se encuentre bajo su jurisdicción.

[...]

19. Los destinatarios de los derechos humanos –además del Estado (ámbito público)– son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares. Para los fines de esta Opinión, nos limitamos básicamente al mundo del trabajo donde se ha establecido que se violan los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

20. Los derechos laborales, en su conjunto, adquieren una real dimensión en las relaciones entre particulares, por tanto es frente a terceros que deben tener una eficacia vinculante. Con esta finalidad, todo Estado debe adoptar medidas legislativas o administrativas para impedir estas violaciones, los instrumentos procesales deben ser efectivos y ágiles.

[...]

## Notas

- 1 Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 19; *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 N° 16, párr. 31; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A N°15, párr. 31; y *“Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, párr. 13.
- 32 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 54.
- 33 Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los

- Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio N° 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio N° 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio N° 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo N° 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).
- 34 Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 45; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra* nota 32, párr. 55.
- 35 Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 46; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra* nota 32, párr. 56.
- 36 Cfr. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, párr. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, párr. 30; Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párr. 10.
- 37 Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 46.
- 38 Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párr. 10.
- 39 Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 47; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra* nota 32, párr. 57.
- 40 O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.
- 41 O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37,

párr. 8.

- 42 O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27, párrs. 1, 2, 4, 7, 8 y 9.
- 43 African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication N°: 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, párr. 63.
- 44 Cfr. I.C.T.Y., Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case N° IT-95-17/1-T, párrs. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p.595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.
- 45 Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 45; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra* nota 32, párr. 55.
- 46 Caso "Cinco Pensionistas"; (...), párr. 136; y *cfr.* Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, (...), párr. 113; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párrs. 136 y 137; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, (...), párr. 24.
- 48 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000.
- 49 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000.
- 52 Cfr. Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción, I.24 y II.33- 35.
- 53 African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No: 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola, decision of 11 November, 1997, párr. 20.
- 54 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *supra* nota 1, párr. 115.
- 55 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *supra* nota 1, párr. 117 y 119; y Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párrs. 97 y 115; y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, (...), párr. 146.
- 56 Caso Baena Ricardo y otros, (...), párr. 124; y *cfr.* Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 46, párr. 102; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 69; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, (...), párr. 27.

- 57 Cfr. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 46, párr. 103; Caso Baena Ricardo y otros, *supra* nota 27, párr. 125; y Caso del Tribunal Constitucional, *supra* nota 56, párr. 70.
- 58 Cfr. Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 59 Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, (...), párr. 127.
- 71 Cfr. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párrs. 38 y 30.b), respectivamente.
- 164 G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 17.
- 165 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2 y 7; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2(1) y 26; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2-3; Convención Europea de Derechos Humanos, artículos 1(1) y 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1(1) y 24; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículos 2-3; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículos 1(1) y 7; además del *corpus juris* de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención de la OIT sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958), de la Convención de la UNESCO contra Discriminación en la Educación (1960), así como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Basadas en la Religión o las Convicciones (1981).
- 166 Cf., e.g., Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1(1); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículo 7; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999), artículo 1(2); entre otras.
- 167 A. Eide y T. Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights (publ. n. 1), 1990, p. 4, y cf. pp. 1-44 (estudio reproducido en T. Opsahl, *Law and Equality - Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206). Y, para un estudio general, cf. M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 1-240.
- 168 Y. Dinstein, "Discrimination and International Human Rights", 15 *Israel Yearbook on Human Rights* (1985) pp. 11 y 27.
- 169 H. Mosler, "To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?", in *International Law and the Grotian Heritage (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius)*, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1985, p. 184.
- 170 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 76-82.

- 171 Párrafo 12 del comentario general N° 18; el Comité subrayó el carácter fundamental de dicho principio (párrs. 1 y 3); cf. texto reproducido in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 1997, pp. 26-29.
- 172 Cf. A.H.E. Morawa, "The Evolving Human Right to Equality", 1 *European Yearbook of Minority Issues* (2001-2002) pp. 163, 168, 190 y 203.
- 173 E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, pp. 129-130.
- 176 R. Cohen y F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.
- 177 Tal como enunciado en su artículo 7.
- 178 A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Ciudad de Guatemala, OIM/IDH (Cuadernos de Trabajo sobre Migración n. 5), 2001, pp. 13 y 18.
- 199 Y cf. también párr. 146.
- 207 Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 57.

*Corte IDH*

*Yatama vs. Nicaragua*

*Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
23 de junio de 2005*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 17 de junio de 2003, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua (en adelante "el Estado" o "Nicaragua"), la cual se originó en la denuncia N° 12.388, recibida en la Secretaría de la Comisión el 26 de abril de 2001.

2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (en adelante "YATAMA"). Según lo alegado por la Comisión, dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (en adelante "la RAAN" y "la RAAS"), como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó "normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan".

[...]

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

[...]

184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico<sup>155</sup>.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas<sup>156</sup>. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable<sup>157</sup>.

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.

[...]

195. Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua<sup>164</sup>.

[...]

### 3) Obligación de garantizar el goce de los derechos políticos

201. La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales<sup>165</sup>.

[...]

224. La Corte encuentra que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, ya que se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000.

[...]

*VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ  
SERGIO GARCIA RAMIREZ [...]*

[...]

#### E) Contención. El Caso Yatama

25. En el *Caso Yatama* se ha tenido a la vista otro rango de violaciones que agravan a miembros de comunidades. No se trata aquí de las vertientes más dramáticas advertidas en los casos anteriores: supresión física, privación de territorios, afectación del derecho a la vida, por ejemplo. Las circunstancias en que se producen los hechos de este caso suponen que la organización Yatama, que reúne miembros de muchas comunidades, ha logrado, merced a una larga lucha que ya ha producido avances apreciables, un espacio propio en la vida política y social, que le confiere una posición relevante y aceptada -no

sin severas reticencias, con implicaciones jurídicas diversas- y la pone a salvo de agresiones con las características que se observan en los otros casos. De lo que ahora se trata es de acciones u omisiones con las que se “contiene” el avance de los integrantes de comunidades, en su calidad de tales. Nos hallamos, pues, ante una situación distinta que acaso corresponde a una última etapa en la sucesión de resistencias a la admisión de la igualdad y la no discriminación en favor de todas las personas, inclusive, por supuesto, los miembros de estos grupos minoritarios.

[...]

27. Aquí me refiero, como he dicho, a una igualdad material y a una efectiva no discriminación, no a la mera igualdad formal que deja intacta -o disimula apenas- la marginación y mantiene a salvo la discriminación. Se tiende a la obtención de aquella forma de igualdad por medio de factores o elementos de compensación, igualación, desarrollo o protección que el Estado brinda a los integrantes de las comunidades, a través de un régimen jurídico que reconoce los datos provenientes de cierta formación cultural y se instala sobre el genuino reconocimiento de las limitaciones, discriminaciones o restricciones reales y contribuye a superarlas, suprimirlas o compensarlas con instrumentos adecuados, no apenas con declaraciones generales sobre una igualdad inexistente e impracticable. La igualdad no es un punto de partida, sino un punto de llegada al que deben dirigirse los esfuerzos del Estado. En palabras de Rubio Llorente, el “Derecho se pretende justo, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad”.

[...]

#### **F) Participación y derechos políticos**

28. No se sirve a estos designios -ni se atiende, por lo tanto, a la igualdad y a la no discriminación- si se siembra de obstáculos y exigencias, innecesarios y desproporcionados, el camino de quienes pugnan por la participación política a través del ejercicio de los derechos que ésta entraña, entre ellos el derecho al sufragio. La exigencia de participar a través de partidos políticos, que hoy se eleva como natural en las democracias de nuestra América, debiera aceptar las modalidades que sugiere la organización tradicional de las comunidades indígenas. No se trata, en lo absoluto, de minar el sistema de partidos, sino de atender, en la forma y términos que resulten razonables y pertinentes, a las condiciones de vida, trabajo y gestión de aquéllas. La admisión de estas condiciones y de las respectivas modalidades de participación política no se traslada automáticamente a todos los medios ni van

más allá del marco territorial, social y temporal en el que se plantean y resuelven. La Corte dispone lo que estima procedente dentro de las circunstancias que tiene a la vista.

[...]

32. Obviamente, no se ha agotado ahora el examen de la democracia, que se halla en el cimiento y en el destino de la participación política, entendida a la luz de la Convención Americana. Es clara la necesidad de contar con medios de participación en los órganos del poder público, para intervenir en la orientación nacional y en la decisión comunitaria, y esto se vincula con el derecho al sufragio activo y pasivo, entre otros instrumentos participativos. Lograrlo significa un paso histórico desde la época -que aún se instala en el presente, como hemos visto en otros casos resueltos por la Corte Interamericana en el actual período de sesiones y mencionados en este *Voto*- en que la lucha por el derecho tenía que ver apenas con la subsistencia física, el patrimonio y el asentamiento de la comunidad. Sin embargo, el avance en el camino hacia la presencia electoral -un avance contenido, enfrentado, por medidas que prohíjan desigualdad y discriminación- no debe detener ni disuadir el acceso a la democracia integral, en la que se propicia el acceso de los individuos a los medios que propiciarán el desarrollo de sus potencialidades.

[...]

### *VOTO RAZONADO DEL JUEZ* *A. A. CANÇADO TRINDADE*

[...]

6. El segundo punto que me permito destacar, en el presente *Voto Razonado* en relación con ésta que es la primera Sentencia de la Corte Interamericana sobre los derechos políticos en una sociedad democrática<sup>196</sup>, bajo el artículo 23 de la Convención Americana, es la correcta vinculación efectuada por la Corte de los derechos políticos con el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana. Este último está conformado por un principio básico que la propia Corte ha reconocido pertenecer al dominio del *jus cogens* internacional: el principio de la igualdad y no discriminación.

7. En la presente Sentencia en el caso *Yatama versus Nicaragua*, la Corte confirma el gran avance jurisprudencial alcanzado al respecto en su histórica Opinión Consultiva Nº 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003), al razonar (en los párrafos 184-186) que

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no-discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no-discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Ese principio posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no-discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”.

8. Sobre el amplio alcance del principio básico, propio del *jus cogens*, de la igualdad y no-discriminación, ya me referí en mi extenso Voto Concurrente en la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, al cual me permito aquí referirme. En aquel Voto Concurrente señalé, por ejemplo, que dicho principio permea todo el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párr. 59), del cual es uno de los pilares<sup>197</sup>, además de elemento integrante del propio derecho internacional general o consuetudinario, por cuanto la normativa del *jus gentium* debe, por definición, “ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional<sup>198</sup>” (párr. 60)<sup>199</sup> Las obligaciones estatales de respetar y garantizar el principio de la igualdad y no discriminación tienen el carácter de verdaderas obligaciones *erga omnes*.

9. Lo que me permito aquí agregar, en el presente Voto Razonado, es que el reconocimiento judicial del carácter de *jus cogens* del principio básico de la igualdad y no discriminación se manifiesta hoy día en la jurisprudencia no sólo en materia consultiva, sino también -como lo atesta la presente Sentencia en el caso *Yatama*- en materia contenciosa, de esta

Corte, rindiendo así un aporte positivo y de vanguardia al desarrollo de las bases del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[...]

*VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ  
DIEGO GARCÍA SAYÁN*

[...]

28. En el tercer componente de los derechos políticos protegidos por el artículo 23 de la Convención se estipula que todos los ciudadanos deben "... tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" (subrayado añadido). Este aspecto de los derechos políticos tiene que ser entendido de manera sistemática tanto en relación con los demás ingredientes explícitos de los derechos políticos contenidos en el artículo 23.1 como con el resto de la Convención y el ordenamiento interamericano, en particular con el artículo 24 de la Convención referido al derecho a la igualdad y a la no discriminación.

[...]

31. Lo anterior debe ser leído e interpretado en estrecha conexión con lo establecido en el artículo 24 de la Convención en lo que atañe a la igualdad y a la no discriminación. Como se señala en la sentencia, en el artículo 24 de la Convención se prohíbe la discriminación de hecho y derecho con las obligaciones que ello entraña para el Estado de respetar el referido principio de igualdad y no discriminación para todos los derechos consagrados en la Convención y en toda la legislación interna que apruebe. Lo estipulado en el artículo 23.1 c), en ese orden de ideas, se orienta enfatizar la significación que para la Convención tiene el principio de igualdad y no discriminación en el derecho a la participación en los asuntos públicos.

32. En consecuencia, vistos los hechos probados en este caso a la luz de los razonamientos derivados de lo estipulado en el artículo 23.1. c) en cuanto a las condiciones generales de igualdad y en el artículo 24 en lo que atañe a la igualdad y no discriminación, resulta clara la obligación del Estado de no tolerar prácticas o normas que pudieren tener un efecto discriminatorio. Ello no debe entenderse como opuesto a reglas y condiciones homogéneas para toda la sociedad y ciudadanos en lo que atañe al pleno ejercicio de los derechos políticos.

[...]

## Notas

- 155 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, (...), párr. 101.
- 156 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, (...), párr. 88; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 44; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 54.
- 157 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 150, párr. 89; Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 156, párr. 46; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, *supra* nota 156, párr. 56. Cfr. también Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June 2002, párr. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June 2002, párr. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th March 1998, Reports 1998-II, párr. 30; y O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Joseph Frank Adam c. República checa, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, párr. 12.4.
- 164 Establece que [l]os ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en [los] asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo.
- 165 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, (...), párr. 89; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra* nota 156, párr. 46.
- 196 Y, en el presente caso Yatama, como reconoce la Sentencia de la Corte, la vigencia de los derechos políticos crece en importancia por tener incidencia directa en la necesidad de preservar el derecho a la identidad cultural, y el derecho de participación en la vida pública, de las comunidades indígenas de la costa atlántica de Nicaragua (párrs. 226-228).
- 197 A. Eide y T. Opsahl, Equality and Non-Discrimination, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights (publ. n. 1), 1990, p. 4, y cf. pp. 1-44 (estudio reproducido in T. Opsahl, Law and Equality - Selected Articles on Human Rights, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206).
- 198 H. Mosler, "To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?", in International Law and the Grotian Heritage (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius), The Hague, T.M.C. Asser Institut, 1985, p. 184.
- 199 Y cf. párrs. 61-64.

*Corte IDH*

*Atala Riffo y niñas vs. Chile*

*Fondo, Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
24 de febrero de 2012*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”) en relación con el caso 12.502<sup>3</sup>. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo (en adelante la “señora Atala”) representada por abogados de la Asociación Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas<sup>4</sup>.

[...]

3. De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación.

[...]

## V. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, DERECHOS DEL NIÑO, DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO AL PROCESO DE TUICIÓN

29. De manera preliminar, la Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las

mismas (...). En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. El presente capítulo se concentra en los debates en torno al juicio de tuición. En un capítulo posterior se analizará el proceso disciplinario.

## A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición

30. La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993<sup>34</sup>. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente<sup>35</sup>. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco<sup>36</sup>. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor<sup>37</sup>.

### 1. Proceso de tuición<sup>38</sup>

31. El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el “desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se enc[ontraba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”. Además, el señor López argumentó que “[l]a inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto altera[ba] el sentido natural de la familia, [...] pues afecta[ba] los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que “la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que t[endrían] derecho [las niñas M., V. y R.]”. Por último, el señor López arguyó que “habr[ía] que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implica[ría] para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica [, pues e]n efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales est[aría]n expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida”<sup>39</sup>.

32. El 28 de enero de 2003 la señora Atala presentó la contestación a la demanda de custodia interpuesta por el señor López. En dicha contestación la señora Atala manifestó “la tristeza que [causó] en [ella] la lectura de las imputaciones que se h[icieron] en el libelo y la forma en que se describ[ió] y juzg[ó] la que fuera [su] relación familiar y la que [era su] vida privada”. La señora Atala indicó que los alegatos presentados en la demanda de tuición la “conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que expon[ía] y, por último, por su desprecio al superior interés de [sus] hijas”, y aseveró que “la[s] alegaciones que se h[icieron] de [su] identidad sexual nada tienen que ver con [su] función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis ya que situaciones de conyugalidad o de opción sexual no son extensivas a relaciones de parentalidad, materia del proceso de autos”. La señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni la ley de menores de edad contemplaban como causal de “inhabilitación parental” el tener una “opción sexual distinta”<sup>40</sup>.

[...]

## 2. Tuición provisional concedida al padre

39. En el marco del proceso de tuición, la apoderada del padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso. Al respecto, la apoderada del señor López argumentó la presunta “incapacidad que la opción sexual asumida por la madre y demandada, [la señora] Atala Riffo, y que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, provoca[ba] y provocar[ía] en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas, sin perjuicio de las conductas poco maternas y violentas que ésta ha demostrado a través de los años no sólo con su familia, sino con su entorno social”. Además, alegó que “la necesidad que tiene la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida [...] no es homo[lo]gable con el ser padres, que incluye una capacidad funcional de maternización [...], que al parecer la demandada ha obviado egoístamente”. Por otra parte, la apoderada del padre de las niñas arguyó el derecho de las niñas de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexo distinto<sup>54</sup>.

[...]

41. El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos

que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”<sup>56</sup>.

42. El 8 de mayo de 200, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado de Menores de Villarrica, la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre de las mismas<sup>57</sup>. (...)

[...]

### ***3. Sentencia de primera instancia otorgando la tuición de las niñas a la señora Atala***

44. (...) [C]orrespondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003<sup>61</sup>. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que “tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”. Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”.

[...]

### ***4. Apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco y concesión de orden de no innovar en favor del padre***

50. De conformidad con la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2003, el Tribunal de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003<sup>64</sup>. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad<sup>65</sup>.

[...]

52. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco, (...), confirmó la Sentencia apelada por el padre de las niñas, por lo que ratificaron las consideraciones realizadas por la primera instancia (...). La Corte de Apelaciones no expuso fundamentos nuevos y acogió plenamente la sentencia de primera instancia.

#### ***5. Interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia y concesión de la segunda orden de no innovar a favor del padre***

53. El 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. El padre de las niñas argumentó que mediante la Sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una "falta y un abuso grave y notorio", debido a: i) haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; ii) haber faltado en su deber legal de proteger su vulnerabilidad, y iii) haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia<sup>70</sup>. En particular, el señor López Allendes alegó que los jueces habían ignorado toda la evidencia probatoria en autos que demostraría que la "exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [M., V. y R.], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida"<sup>71</sup>. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar solicitada (...).

#### ***6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile***

54. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre<sup>73</sup>.

[...]

56. En particular, la Corte Suprema concluyó que: i) “se ha[bía] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) “no e[ra] posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno [...] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”, y iv) “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, 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 respecto de la cual deben ser protegidas”.

[...]

## C. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación

[...]

77. (...) [L]a Corte analizará: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

### 1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carác-

ter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma<sup>83</sup>.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado<sup>84</sup> que 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. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico<sup>85</sup>.

80. Además, el Tribunal ha establecido 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 facto*<sup>86</sup>. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>87</sup>.

81. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>88</sup> y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>89</sup>, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) ha definido la discriminación como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier

otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>90</sup>.

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”<sup>91</sup>. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana<sup>92</sup>.

## ***2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana***

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>93</sup>. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>94</sup>.

84. En este sentido, 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 de la norma más favorable al ser humano<sup>95</sup>.

85. Los 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. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la 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<sup>96</sup>.

86. Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios<sup>97</sup>.

87. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es "otra condición" mencionada en el artículo 14<sup>98</sup> del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios<sup>99</sup>. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo<sup>100</sup>. Asimismo, en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo "otra condición", es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona<sup>101</sup>.

88. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1<sup>102</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2<sup>103</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría "sexo" incluiría la orientación sexual de las personas<sup>104</sup>. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados<sup>105</sup>.

89. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social"<sup>106</sup>. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño<sup>107</sup>, el Comité contra la Tortura<sup>108</sup> y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>109</sup> han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”<sup>110</sup>. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”<sup>111</sup>. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”<sup>112</sup>. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas<sup>113</sup>.

91. 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.

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido<sup>114</sup>. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. \_

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

### 3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual

94. 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<sup>115</sup>.

95. En el presente caso se alega un presunto trato discriminatorio respecto a dos hechos distintos en el marco del proceso de tuición: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual<sup>116</sup>. Al respecto, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final.

96. Respecto al contexto del proceso judicial de tuición, la Corte nota que la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala “no se encontra[ba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s”<sup>117</sup>. Por tanto, el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (...).

97. En particular, el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”<sup>118</sup>. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

98. Respecto a la decisión de tuición provisoria, el Tribunal observa que el Juzgado de Menores de Villarrica<sup>119</sup> utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (...), y ii) que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (...). Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema (...), la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.

99. Para determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación, a continuación se analiza la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre.

#### *4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo*

[...]

109. [...] la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o

imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia<sup>124</sup>.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, 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>125</sup>. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño<sup>126</sup>. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños<sup>127</sup>.

[...]

113. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala<sup>128</sup>; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo<sup>129</sup>; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas<sup>130</sup>, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre<sup>131</sup>. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso” y que al “haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja”<sup>132</sup>. La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la

supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (...), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta.

114. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procede a analizar si dichos argumentos eran adecuados para cumplir con la finalidad declarada por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, es decir, la protección del interés superior de las tres niñas.

#### *4.1. Presunta discriminación social*

[...]

118. Al respecto, el Tribunal constata que, si bien existía prueba dentro del expediente de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo discriminadas en su entorno social por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se evidencia prueba en contrario respecto a este punto (...). Sin embargo, la Corte nota que la manera en que planteó la Corte Suprema la posible discriminación social que podrían enfrentar las tres niñas era condicional y abstracta, por cuanto se manifestó que: i) “las niñas podrían ser objeto de discriminación social”, y ii) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”<sup>139</sup>.

119. La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de

parejas interracial<sup>140</sup>, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos<sup>141</sup>.

121. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” valido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

122. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R..

#### 4.2. Alegada confusión de roles

[...]

124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso<sup>143</sup>, 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>144</sup>. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.

125. 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.

[...]

130. El Tribunal observa que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas<sup>152</sup>, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas<sup>153</sup>. La Corte Suprema de Justicia afirmó la existencia de un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores” de edad, como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro. No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores de edad. La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable. La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.

131. La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.

#### 4.3. Alegado privilegio de intereses

[...]

133. La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual,

en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada<sup>156</sup>.

[...]

135. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo<sup>158</sup>. Además, el derecho a mantener *relaciones personales con otros individuos*, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional<sup>159</sup>.

136. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones<sup>160</sup>. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”<sup>161</sup>.

[...]

138. En el presente caso, el Tribunal observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas (...).

139. Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona<sup>163</sup>, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

140. En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

#### 4.4. Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”

141. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció “el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”<sup>164</sup>. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que “el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia”<sup>165</sup>.

142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>166</sup>.

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)<sup>167</sup>.

144. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el *Caso Karner Vs. Austria*, que:

El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que

la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo”<sup>168</sup>.

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)<sup>169</sup>.

#### 4.5. Conclusión

146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (...) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (...), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

#### 5. Trato discriminatorio en contra de las niñas M., V. y R.

[...]

151. (...) la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales<sup>171</sup>.

[...]

154. Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño<sup>174</sup>.

155. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluye que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R..

[...]

## *VI. DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA*

209. Uno de los aspectos de la controversia es el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. En lo que atañe a ese tema, en el presente capítulo se establecerán los hechos probados relacionados con dicho proceso para luego analizar las controversias en torno a: i) derecho a la igualdad; ii) vida privada, y iii) garantías judiciales.

[...]

### **B. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación**

[...]

218. El Tribunal nota que la Corte de Apelaciones de Temuco recibió el 17 de marzo de 2003 una denuncia contra la señora Atala por el uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal (...). Sin embargo, la Corte observa que, de acuerdo con lo plasmado en el informe del ministro visitador, se expresaron otras consideraciones para llevar a cabo la visita al sitio de trabajo de la señora Atala. Ellas

estaban expresamente referidas a su orientación sexual, pues se relacionaban con “las publicaciones aparecidas en el diario ‘La Cuarta’ de fecha 28 de febrero de [2003] y en ‘Las Últimas Noticias’ de fecha 1 de marzo [de 2003], en las cuales se d[ió] a conocer a la opinión pública el contenido de una demanda de tuición entablada por el [señor López] en contra de su esposa [...] porque esta última sostendría una relación lésbica con otra mujer”<sup>246</sup>. De manera que uno de los motivos de la visita al sitio de trabajo de la señora Atala era constatar lo manifestado por las publicaciones de prensa respecto a su orientación sexual.

219. (...) Al ser uno de los propósitos de la visita el indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala con base en las noticias de prensa, se constata un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala al incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario su orientación sexual y su relación con una persona del mismo sexo.

[...]

221. Ahora bien, respecto al fin legítimo que se perseguía con dicha investigación, en el informe presentado no fue precisado con claridad cuál era el fin de la visita respecto a la indagación de la orientación sexual, por cuanto sólo se hizo referencia a las noticias de prensa que se habían publicado. En este sentido, si bien el fin legítimo no fue explicitado en el reporte, de lo expresado en el informe se podría llegar a inferir que mediante la indagación respecto a la orientación sexual de la señora Atala se buscaba proteger la “imagen del poder judicial”. Sin embargo, la alegada protección de la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.

222. Por tanto, al ser discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con su orientación sexual, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

[...]

#### D. Garantías judiciales

[...]

235. La Corte ya ha establecido (...) que la visita extraordinaria afectó el derecho a la igualdad y a la no discriminación y la vida privada de la señora Atala. Asimismo, se ha concluido que era discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional (...) y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria. Sin embargo, en el informe de la visita al sitio de trabajo se determinó, con relación a la orientación sexual de la señora Atala, que los hallazgos eran hechos que “rev[estían] una gravedad que merec[ía] ser observada por [la Corte de Apelaciones de Temuco]” (...).

[...]

237. Teniendo en cuenta todos los hechos reseñados anteriormente, la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

[...]

## Notas

- 3 A solicitud de la Comisión Interamericana se reserva la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras “M., V. y R.” (expediente de fondo, tomo I, folio 1). Asimismo, a solicitud de los representantes, y con el objeto de proteger el derecho a la intimidad y vida familiar de M. V. y R., procede mantener en reserva todas las declaraciones ante fedatario público remitidas por las partes y “relativas a la situación familiar” de la señora Atala y las niñas M., V. y R. (expediente de fondo, tomo III, folio 1162).
- 4 En la petición inicial la señora Atala indicó que la Fundación Ideas era representada por Francisco Estévez Valencia y nombró como sus representantes ante la Comisión Interamericana a Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1533 y 1572).
- 34 *Cfr.* Certificado de matrimonio de 22 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5926).
- 35 *Cfr.* Informes psicológicos de M., V. y R. de 15 de noviembre de 2002 (expediente de anexos a la demanda,

tomo V, anexo 23, folios 2680, 2683 y 2686).

- 36 Cfr. Sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 12, folio 2581).
- 37 Al respecto, el Juzgado de Villarrica estableció que “en junio de 2002 [la señora Atala] inició una relación afectiva con [la señora] Emma de Ramón[,] quien desde noviembre de 2002 se desempeñ[ó] como coordinadora del archivo regional de la Araucanía en la ciudad de Temuco [y por tanto, se t]ras[ladó] al hogar común e incorpor[ó] a[l] núcleo familiar”. Sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 12, folio 2582).
- 38 La tuición o custodia de los menores de edad en Chile se encuentra regulada por el artículo 225 del Código Civil, el cual dispone que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2671).
- 39 Demanda de tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de 14 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 1, folios 2499, 2500, 2503 y 2504).
- 40 Contestación a la demanda de tuición de 28 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 2, folios 2507, 2513, 2516, 2521 y 2522).
- 54 Cfr. Demanda de Tuición Provisoria del señor López Allendes de 10 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2546 a 2552).
- 56 Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 10, folios 2559 a 2567). En el marco del proceso de tuición provisional, el Juzgado de Menores recabó como pruebas testimoniales las declaraciones de: i) un padrino de una de las niñas; ii) una psicóloga; iii) una amiga de la familia; iv) una empleada de casa, y v) una niñera (expediente de fondo, tomo XII, folios 5919 a 5921). Además, el Juzgado consideró como pruebas documentales varias publicaciones de periódicos, un informe socioeconómico, un set de fotografías, un informe emitido por la psiquiatra de la señora Atala, un informe de una psicóloga encargada de la terapia de las niñas y el informe de una enfermera universitaria (expediente de fondo, tomo XII, folios 5918 a 5921). Asimismo, el Juzgado consideró que “exist[ían] los antecedentes suficientes para alterar el deber del cuidado personal, establecido legalmente, [por lo que] se acced[ió] a la petición del demandante”.
- 57 Cfr. Constancia de 15 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 572).
- 61 Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la deman-

- da, tomo V, folio 2607).
- 64 Cfr. Auto del Juzgado de Menores de Villarrica de 5 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folio 933).
- 65 Cfr. Recurso de apelación interpuesto por el señor López Allendes de 11 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2614 a 2632) y solicitud de orden de no innovar interpuesta por el señor López Allendes de 22 de noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2634 a 2636).
- 70 Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por el señor López Allendes de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2652 a 2655).
- 71 Recurso de queja y solicitud de orden de no innovar interpuestos por el señor López Allendes de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2654).
- 73 Cfr. Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 22, folios 2669 a 2677).
- 83 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr 53 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C N° 214, párr. 268.
- 84 Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, (...), párr. 55.
- 85 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, (...), párr. 269*.
- 86 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, (...), párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, (...), párr. 271*.
- 87 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, (...), párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, (...), párr. 271*, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.
- 88 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".
- 89 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".
- 90 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, (...), párr. 6.
- 91 Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, (...), párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C N° 234, párr. 174.

- 92 *Mutatis mutandi*, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 209 y *Caso Barbani Duarte y otros, supra* nota 91, párr. 174.
- 93 *Cfr. 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 Nº 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., *Caso Tyrer v. Reino Unido*, (Nº 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.
- 94 *Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, (...)*, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, (...)*, párr. 106.
95. *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán, supra* nota 93, párr. 106.
- 96 *Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, (...)*, párr. 115.
- 97 *Cfr. AG/RES. 2653 (XLI-O/11)*, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación"); *AG/RES. 2600 (XL-O/10)*, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenen las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género"); *AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)*, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenen las consecuencias ante la justicia"), y *AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)*, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género").
- 98 Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza,

- color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.
- 99 Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (Nº 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (Nº 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (Nº 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (Nº 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.
- 100 Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, (...), párr. 28 (“the applicant’s sexual orientation [...] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [...]any ground such as[]”). Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (Nº 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (Nº 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (Nº 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Rusia*, (Nº 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108 (“The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14”).
- 101 Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (Nº 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 ( the Court has considered to constitute [...]other status[] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent). Sin embargo, el Tribunal Europeo no decidió limitar con esto el concepto de “otra condición” a que las características sean inherentes o innatas de la persona. Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift*, (...). párr. 58 (“However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [...]personall[] in the sense discussed above”).
- 102 Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- 103 Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- 104 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación Nº 488/1992, CCPRV C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7 (“The State party has sought the Committee’s guidance as to whether sexual orientation may be considered an “other status” for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual

orientation”). Asimismo, ver *X Vs. Colombia*, Comunicación N° 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. (“The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation”). En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young v. Australia*, Comunicación N° 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

- 105 *Cfr., inter alia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16 (“Aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales”); *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13 (“El Comité expresa su preocupación por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado Parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)”); *Observaciones finales, Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25 (“También observa con preocupación que en muchos Estados no se ha prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). El Estado Parte debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el Pacto, así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual”); *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16 (“El Comité expresa su preocupación por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (artículo 9), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las “Ordenanzas Contravencionales” de carácter local) utilizadas para discriminar contra las personas en razón de su orientación sexual (artículo 26)”).
- 106 *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 (“En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual”). *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 (“en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribía toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de [...] orientación sexual”); Observación N° 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 (“el Pacto proscribía toda discriminación por motivos de [...] orientación sexual”); Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 (“En virtud de lo dispuesto en el párrafo

- 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual”).
- 107 Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General N° 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño”. Deb[e] añadirse también la orientación sexual”).
- 108 Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General N° 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 (“El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. [...] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su [...] orientación sexual”).
- 109 Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 (“La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por [...] orientación sexual”) y Proyecto de Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 (“La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual”).
- 110 Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.
- 111 Naciones Unidas, Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.iglhr.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf> (último acceso el 22 de febrero de 2012).
- 112 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.
- 113 Cfr., entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38 (“Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud

y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual [...]. Las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual"). Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 89. g); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrs. 17 a 25; Informe sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, párr. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, E/CN.4/2004/9, 5 de enero de 2004, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión N° 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, párr. 72, párr. 28. En el marco del derecho comparado algunos Estados prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual en sus Constituciones (por ejemplo Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza, entre otros Estados) o a través de leyes, como por ejemplo en materia de derecho familiar, dirigidas a otorgarles a las personas homosexuales los mismos derechos que a las personas heterosexuales. Por ejemplo, en Argentina, a través de los artículos 2 y 4 de la Ley N° 26.618 del 21 de julio de 2010, se estableció que: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo" y que "en casos de matrimonio constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá [sobre la tuición] teniendo en cuenta el interés del menor". Uruguay aprobó la Ley N° 18.246 (Diario Oficial N° 27402, 10 enero de 2008), que reconoce las uniones civiles ("uniones concubinarias") de parejas del mismo sexo. En 2009, mediante la Ley N° 18.590, (Diario Oficial N° 27837, 26 octubre 2009), se autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

- 114 De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante "LGTBI") es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (*infra* párr. 0). Asimismo: ii) la

comunidad LGBTI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. Cfr. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 (“la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales”); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 (“Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de ‘castigar’ su comportamiento no aceptado”). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. Cfr. Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 (“Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí”), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda “en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica” (párr. 29). Por su parte, la sentencia C-507 de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de “homosexualismo”.

115 Cfr. T.E.D.H., *Caso E.B.*, (...), párrs. 88 y 89 (“notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the *Conseil d’Etat*, to justify taking account of the applicant’s [‘]lifestyle[‘], the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings. The Court considers that the reference to the applicant’s homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant’s avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt”).

116 Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 99, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B.*, *supra* nota 99, párr. 85.

- 117 Demanda de tuición interpuesta ante el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica de 14 de enero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 1, folio 2500).
- 118 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2669 a 2677).
- 119 El Juzgado señaló que “según lo dispone el artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, y en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el Juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres”. Agregó que “se impone al Juez la ingrata labor judicial de dirimir cual de los padres resulta más apto para hacer efectivo el Derecho de Tuición, que tiene las menores [de edad], para lo cual debe recurrir a parámetros objetivos – como es el mérito del proceso – y a un juicio de probabilidad, resolviendo incidentalmente por la urgencia que el bienestar que las niñas amerita, con cuál de los dos padres es conveniente que permanezcan”. Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2559 a 2567).
- 124 *Cfr., inter alia*, en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño”); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. N° 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care”); en Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y Corte Constitucional de Sudáfrica, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).
- 125 En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos criticó la falta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los niños, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y bajo el fundamento de consideraciones generales sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Palau-Martínez Vs. Francia*, (N° 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, párrs. 42 y 43.
- 126 Al respecto, la perita Jernow manifestó que “el análisis del interés superior del niño [...] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que “la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres,

- sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. [...]
- Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que “la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración”.
- 127 Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, *cf.* *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205, párr. 401.
- 128 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 129 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 130 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 131 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 132 La Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituyen “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2672 y 2673).
- 139 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 140 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre. (“La cuestión, sin embargo, es si la existencia de prejuicios privados y la posible vulneración que pueden causar, son consideraciones admisibles para el retiro de un niño de la custodia de la madre natural. Tenemos pocas dificultades para concluir que no los son. La Constitución no puede controlar esos prejuicios [,] pero tampoco los pueden tolerar. Las parcialidades particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, permitir su aplicación”).
- 141 En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehova. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (Nº 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993,

párrs. 15 y 33 a 36.

- 143 Cfr. T.E.D.H., *Karner Vs. Austria*, (Nº 40016/98), Sentencia de 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr. 37 (“very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention”), y T.E.D.H., *Caso Kozak*, (...), párr. 92.
- 144 Cfr. T.E.D.H., *Caso E.B. supra* nota 0, párr. 74 (The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay [...], were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground); *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, (Nº 57325/00), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 177 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Orsus y otros Vs. Croacia*, (Nº 15766/03), Sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 150 (discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation. Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory); *Caso Andrejeva Vs. Letonia*, (Nº 55707/00), Sentencia de 18 de febrero de 2009, párr. 84 (Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Serife Yigit Vs. Turquía*, (Nº 3976/05), Sentencia de 2 de noviembre de 2010, párr. 71 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified), y *Caso Muñoz Díaz Vs. España*, (Nº 49151/07), Sentencia de 8 de marzo de 2010, párr. 50.
- 152 La Corte Suprema hizo referencia a los testimonios de las empleadas domésticas sobre la supuesta confusión de roles experimentada por las niñas. Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, considerado décimo quinto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 153 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).
- 156 Cfr. T.E.D.H., *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, (Nº 21627/93; 21826/93; 21974/93), Sentencia de 19 de febrero de 1997, párr. 36 (“There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life”). Ver también *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (Nº 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 52, y *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido*, (Nº 35765/97), Sentencia de 31 de julio de 2000. Final, 31 de octubre de 2000, párr. 23 (“the Court recalls that the mere existence of legislation prohibiting male homosexual conduct in private may continuously and directly affect a person’s private life”).
- 158 Cfr. T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (Nº 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 (“the concept of [“private life”] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a

- right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees"); *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (N° 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 90 ("It is undisputed [...] that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of [']private life['] within the meaning of Article 8"); *Caso Dudgeon, supra* nota 156, párr. 41 ("the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1"); *Caso Burghartz Vs. Suiza*, (N° 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24, y *Caso Laskey, Jaggard y Brown, supra* nota 156, párr. 36.
- 159 Cfr. T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (N° 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57 ("Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [']private life[']"), citando T.E.D.H., *Caso P.G. y J.H. Vs. Reino Unido* (N° 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Final 25 de diciembre de 2001, párr. 56. Cfr. T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (N° 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29 ("The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of [']private life[']. However, it would be too restrictive to limit the notion to an [']inner circle['] in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of [']private life['] should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world").
- 160 *Mutatis mutandi, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 52.
- 161 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a "optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional" (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997), y "la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia" (Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998).
- 163 Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift, (...)*, párr. 57 ("Court has considered to constitute 'other status' characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are

innate or inherent. Thus in *Salgueiro da Silva Mouta*, [...] it found that sexual orientation was [“]undoubtedly covered[”] by Article 14”).

- 164 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673).
- 165 Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567).
- 166 Opinión Consultiva OC-17/02, (...), párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (Nº 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, (Nº 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.
- 167 *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 99, párrs. 34 a 36.
- 168 T.E.D.H., *Caso Karner*, *supra* nota 143, párr. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).
- 169 En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.
- 171 *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.
- 174 Opinión Consultiva OC-17/02, (...), párr. 137, opinión 2.
- 246 Informe preparado por el Ministro Lenin Lillo de la Corte de Apelaciones de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de fondo, tomo XII, folio 5934).

*Corte IDH*

*Caso de Personas Dominicanas  
y Haitianas Expulsadas  
vs. República Dominicana*

*Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
28 de agosto de 2014*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *Sometimiento y sinopsis del caso.*- El 12 de julio de 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la Corte, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso 12.271 contra el Estado de República Dominicana (en adelante “el Estado” o “República Dominicana”). De acuerdo a la Comisión, el caso se relaciona con la “detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de República Dominicana” de presuntas víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana (...), incluidos niñas y niños, sin el seguimiento del procedimiento de expulsión normado en el derecho interno. Además, la Comisión consideró “que existían una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano”, y para la obtención de la nacionalidad dominicana por parte de las personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana.

2. Según la Comisión el caso se insertó en un “álvido contexto de expulsiones colectivas y masivas de personas, que afectaba igualmente a nacionales y extranjeros, documentados e indocumentados, quienes tenían su residencia permanente y un vínculo estrecho de relaciones laborales y familiares con República Dominicana”. Asimismo, la Comisión, entre otras consideraciones, hizo referencia: a) a “los impedimentos existentes para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en territorio dominicano, a pesar de que el Estado recepta el principio de *ius soli*”; b) a que “el Estado no presentó información que corroborara que el procedimiento de repatriación, vigente al momento de los hechos se hubiera aplicado efectivamente a las [presuntas] víctimas”, y c) a que a las presuntas víctimas “no les fue provista asistencia jurídica, ni tuvieron posibilidad de recurrir la decisión adoptada, ni existió una orden de la autoridad competente, independiente e imparcial que decidiera su deportación”, ni el Estado “indicó el recurso específico al cual podrían haber accedido las [presuntas] víctimas para proteger sus derechos”. Asimismo, según la Comisión “durante su detención arbitraria y expulsión, [...] no tuvieron oportunidad de presentar esa documentación y en los casos en que fue presentada, ésta fue destruida por los oficiales dominicanos”, lo que implicó que las presuntas víctimas se “vieran privad[a]s de acreditar su existencia física y su personalidad jurídica”. Además “durante la detención, las [presuntas] víctimas no recibieron agua, alimentos ni asistencia médica, [y] su expulsión conllevó el desarraigo, el desmembramiento de los lazos y la estructura familiar, y afectó el normal desarrollo de las relaciones familiares, incluso para los nuevos miembros de la familia”.

[...]

## VII. HECHOS

### A) Contexto

[...]

171. De acuerdo a lo expuesto, la Corte advierte que para la época de los hechos del presente caso existía en República Dominicana una situación en que las personas haitianas y las nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana, que comúnmente se encontraban en situación indocumentada y de pobreza, sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. La misma se vincula también con la dificultad de quienes integran la población haitiana o de ascendencia haitiana para obtener documentos personales relativos a su identificación. La Corte advierte asimismo la existencia en República Dominicana, al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un período cercano a una década a partir de 1990, de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria.

[...]

## VIII. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, AL NOMBRE, A LA NACIONALIDAD Y A LA IDENTIDAD, EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR LOS DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN Y ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

[...]

### C.1.2. Nacionalidad y principio de igualdad y no discriminación

262. La Corte ha sostenido que el artículo 1.1 de la Convención Americana, que establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”, es una norma de

carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma<sup>299</sup>. Por otro lado, el artículo 24 consagra el derecho de igual protección de la ley, y es aplicable en el caso de que la discriminación se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación<sup>300</sup>.

263. Asimismo, este Tribunal reitera "que el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria"<sup>301</sup>. En este sentido,

una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables<sup>302</sup>.

Así, como también ha expresado este Tribunal "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 facto*"<sup>303</sup>, y están obligados "a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas"<sup>304</sup>.

264. En relación al derecho a la nacionalidad, la Corte reitera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación<sup>305</sup> determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos<sup>306</sup>. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas<sup>307</sup>. La Corte también ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad<sup>308</sup>. En ese sentido, este Tribunal ha dejado establecido al examinar un caso relativo a República Dominicana que el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos<sup>309</sup>.

[...]

**C.5.3. Sobre la alegada vulneración del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con sus artículos 1.1, 3, 18, 20 y 24**

[...]

315. (...) [L]a sentencia TC/0168/13 ha ordenado una política retroactiva sobre la base del entendimiento de que el orden jurídico interno anterior a 2010 preveía la imposibilidad de adquirir la nacionalidad dominicana con base en el *ius soli* a personas nacidas en territorio dominicano cuyos padres sean extranjeros que residen irregularmente en el país. Por ello, dada la distinción que resulta entre tales personas y otras también nacidas en territorio dominicano, corresponde verificar si las presuntas víctimas vieron menoscabado su derecho a la igualdad ante la ley.

316. La Corte considera que dada la diferencia de trato señalada, basada en regulaciones normativas (o en prácticas o decisiones que determinen su aplicación o interpretación), entre personas nacidas en el territorio de República Dominicana<sup>359</sup>, corresponde al Estado demostrar que tal trato diferenciado no implica, respecto al grupo de personas que habiendo nacido en territorio dominicano no puede adquirir la nacionalidad de ese país, una vulneración del derecho a la igual protección de la ley. Al respecto, La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable<sup>360</sup>, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido<sup>361</sup>.

317. Al respecto, la Corte advierte que el Tribunal Constitucional, en la sentencia TC/0168/13, como ya fue referido (...), indicó que a diferencia de los hijos de extranjeros que "obtengan un permiso de residencia legal", "[l]os extranjeros que [...] se encuentran en situación migratoria irregular [...] no podrían invocar que sus hijos nacidos en el país tienen derecho a obtener la nacionalidad dominicana [...] en vista de que resulta jurídicamente inadmisibles fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho". La Corte Interamericana nota, por una parte, que el argumento sobre la "situación ilícita" del extranjero que "se encuentra en situación migratoria irregular" se refiere a los extranjeros en situación irregular, y no a sus hijos. Es decir, la diferencia entre las personas nacidas en territorio dominicano que son hijas de extranjeros no se hace con base en una situación atinente a ellas, sino con base en la diferente situación de sus padres en cuanto a la regularidad o irregularidad migratoria. Por ello, tal diferenciación entre la situación de

los padres, en sí misma, no resulta una explicación de la motivación o finalidad de la diferencia de trato entre personas que nacieron en el territorio dominicano. Por ende, la Corte entiende como insuficientes los argumentos plasmados en la sentencia TC/0168/13, pues no permiten dilucidar cuál es el fin perseguido con la distinción analizada y, por lo tanto, impiden apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma.

318. Como ya se ha hecho mención (...), un límite a la facultad estatal de determinar quiénes son nacionales, es el deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley sin discriminación. Este Tribunal no encuentra motivos, entonces, para apartarse de lo dicho en su Sentencia sobre el caso de las *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, en el sentido de que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”<sup>362</sup>. Así, la introducción del criterio de la situación de estancia irregular de los padres como una excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius solis*, termina por revelarse discriminatorio como tal en República Dominicana, cuando se aplica en un contexto que previamente se ha señalado como discriminatorio de la población dominicana de ascendencia haitiana, que a su vez resulta ser un grupo desproporcionadamente afectado por la introducción del criterio diferenciado<sup>363</sup>. De lo anterior resulta una violación del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención.

[...]

323. La Corte nota que la Ley N° 169-14, al igual que la sentencia TC/0168/13 en la cual se basa, parte de considerar extranjeras a las personas nacidas en territorio dominicano que sean hijas de extranjeros en situación irregular. Ese entendimiento, aplicado a personas que nacieron antes de la reforma constitucional de 2010, implica en los hechos, una privación retroactiva de la nacionalidad que, en relación con presuntas víctimas del presente caso, ya se determinó contrario a la Convención (...). Sentado lo anterior, debe analizarse lo señalado en la Ley N° 169-14 en relación con la posible afectación de los derechos de Víctor Jean, Miguel Jean, Victoria Jean (fallecida) y Natalie Jean, quienes nunca accedieron al registro referido por la ley.

324. El Tribunal nota que la Ley N° 169-14 implica un obstáculo a la plena vigencia del derecho a la nacionalidad de las víctimas. En tal sentido, no sólo conceptualmente parte de considerarlas extranjeras. Además prescribe respecto a ellas la posibilidad, si presentan la solicitud correspondiente en el plazo de 90 días (...), de que se sometan a un plan de “regularización de extranjeros” establecido por el ya señalado Decreto N° 327-13. Ello, en su caso, puede derivar en un proceso de “naturalización” que, por definición, es contrario a la adquisición de la nacionalidad de pleno derecho por el hecho del nacimiento

en territorio estatal. Si bien lo anterior aparentemente podría tener por resultado que las personas en cuestión “adquieran” la nacionalidad dominicana, ello, precisamente, resulta de darles un trato de extranjeros que no se condice con la plena observancia de su derecho a la nacionalidad al que debieron acceder desde su nacimiento. Por tanto, someter a las personas referidas a una posibilidad, sólo por un limitado tiempo, de acceder a un proceso que eventualmente puede derivar en la “adquisición” de una nacionalidad que en realidad ya deberían detentar, implica someterlas a un obstáculo en el goce de su derecho a la nacionalidad. Por lo tanto, en este aspecto, la Ley N° 169-14, en sus artículos 6, 8 y 11, resulta un acto violatorio de las obligaciones convencionales, inclusive de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, así como, en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, en perjuicio de Víctor Jean, Miguel Jean, Victoria Jean y Natalie Jean. A su vez, por motivos análogos a los ya expresados (...), vulnera el derecho a la igual protección de la ley.

325. En conclusión, la sentencia TC/0168/13, dados sus alcances generales, constituye una medida que incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, normado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad reconocidos en los artículos 3, 18 y 20, respectivamente, del mismo Tratado, y en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, así como el derecho a la igual protección de la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana; todo ello en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo tratado. Dicho incumplimiento afectó los derechos indicados en perjuicio de Willian Medina Ferreras, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina (fallecida) y Rafaelito Pérez Charles. Por otra parte, en los términos señalados (*supra* párrs. 323 y 324), mediante los artículos 6, 8 y 11 de la Ley N° 169-14 el Estado vulneró las mismas normas convencionales señaladas anteriormente, en perjuicio de Víctor Jean, Miguel Jean, Victoria Jean (fallecida) y Natalie Jean.

[...]

*IX. DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, A LAS GARANTÍAS JUDICIALES, DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL, EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN*

[...]

### *B.1.2. Estándares relacionados con procesos de expulsión*

[...]

356. En consideración de las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas<sup>396</sup>: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular<sup>397</sup>, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.

[...]

### *B.2.2. Derechos de Circulación y de Residencia, a las garantías judiciales y a la protección judicial*

#### *B.2.2.1. Expulsiones colectivas de los nacionales haitianos (artículo 22.9)*

381. Como fue indicado arriba, la Corte ha sostenido que para cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, lo cual requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria. Asimismo, dicho procedimiento no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las señaladas garantías mínimas (...) <sup>438</sup>.

[...]

### B.2.3. Sobre el carácter discriminatorio de las expulsiones (artículo 1.1)

398. Como ya fue señalado (...), la Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención “es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma<sup>448</sup>. Por ende, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional<sup>449</sup>. Es por ello que este Tribunal ha sostenido que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación<sup>450</sup>. El artículo 24 de la Convención consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe<sup>451</sup>, pues protege el derecho a “igual protección de la ley”<sup>452</sup>, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación<sup>453</sup>.

399. En el presente caso, los representantes y la Comisión alegaron que las privaciones de libertad y las expulsiones se basaron en motivos raciales, es decir, en actos discriminatorios o en una práctica discriminatoria por parte de agentes estatales (...).

400. Al respecto, el Estado argumentó que no habría realizado las privaciones de libertad y posterior expulsiones de las presuntas víctimas (...). La Corte reitera que ya ha establecido que en la época en que ocurrieron los hechos en República Dominicana existía un contexto de expulsiones, inclusive colectivas, de haitianos y dominicanos de origen o ascendencia haitiana (...). Los hechos relacionados con las presuntas víctimas coinciden con dicho contexto y el *modus operandi* aplicado en esas prácticas (...).

401. En cuanto a la discriminación racial<sup>454</sup>, la Corte ha reconocido “la dificultad de demostrar casos de perjuicio racial por parte de quienes son objeto de discriminación” y coincide con el Tribunal Europeo en el sentido que en ciertos casos de violaciones a derechos humanos motivados por discriminación la carga de la prueba recae en el Estado, quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio<sup>455</sup>.

402. Por otra parte, en relación con los derechos de los migrantes, la Corte ha establecido que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en

relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, “siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos”<sup>456</sup>. No obstante, “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa<sup>457</sup>.

403. Asimismo, ya se estableció que las privaciones de libertad no se llevaron a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento migratorio formal, y la manera en la que las presuntas víctimas fueron detenidas en la calle o en su domicilio indica una presunción por parte de los agentes de estatales de que, por sus características físicas, las presuntas víctimas debían pertenecer al grupo específico, haitianos o de origen haitiano.

404. De lo expuesto, la Corte considera que se desprende de los hechos determinados y del contexto en el cual se dieron dichos hechos en el presente caso, que las víctimas no fueron privadas de la libertad con la finalidad de realizar un procedimiento migratorio formal, sino que fueron principalmente detenidas y expulsadas por sus características físicas y su pertenencia a un grupo específico, es decir, por ser haitianos o de origen haitiano. Lo anterior constituye una actuación discriminatoria en perjuicio de las víctimas por su condición de haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, que resultó en una afectación en el goce de los derechos que la Corte encontró violados. Por ende, este Tribunal concluye que, en relación con los derechos cuya violación ya ha sido declarada, el Estado incumplió con el deber establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de respetar los derechos sin discriminación.

### B.3. Conclusión

405. El Estado violó los derechos a la libertad personal, conforme lo expuesto (...) establecido en el artículo 7 incisos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención Americana, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las personas que fueron privadas de libertad, Willian Medina Ferreras, Lilia Jean Pierre, Luis Ney Medina, Awilda Medina, Carolina Isabel Medina (fallecida), Jeanty Fils-Aimé (fallecido), Janise Midi, Antonio Fils-Aimé, Diane Fils-Aimé, Endry Fils-Aimé, Rafaelito Pérez Charles, Besson Gelin, Víctor Jean, Marlene Mesidor, Markenson Jean, Victoria Jean (fallecida), Miguel Jean y Natalie Jean, y adicionalmente en relación con los derechos del niño consagrado en el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de las víctimas que al momento en que ocurrieron los hechos eran niñas o niños.

406. Además, la Corte concluye que por los motivos expuestos (...), el Estado violó la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, reconocida en el artículo 22.9 de la Convención Americana, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación, establecida en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de las víctimas de nacionalidad haitiana: Lilia Jean Pierre, Janise Midi, Marlene Mesidor y Markenson Jean, y adicionalmente en relación con los derechos del niño consagrado en el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de Markenson Jean, quien al momento de la ocurrencia de los hechos era niño. Asimismo, este Tribunal considera que el Estado violó el derecho de residencia y circulación, reconocido en el artículo 22.1 y 22.5 de la Convención Americana, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación, establecida en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de las víctimas de nacionalidad dominicana: Willian Medina Ferreras, Luis Ney Medina, Awilda Medina, Carolina Isabel Medina (fallecida), Rafaelito Pérez Charles, Víctor Jean, Victoria Jean (fallecida), Miguel Jean y Natalie Jean, y adicionalmente en relación con los derechos del niño consagrado en el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de las víctimas que al momento en que ocurrieron los hechos eran niñas o niños.

407. Finalmente, en consideración de los términos señalados (...), la Corte concluye que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos de la Convención sin discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Willian Medina Ferreras, Lilia Jean Pierre, Luis Ney Medina, Awilda Medina, Carolina Isabel Medina (fallecida), Jeanty Fils-Aimé (fallecido), Janise Midi, Diane Fils-Aimé, Antonio Fils-Aimé, Endry Fils-Aimé, Víctor Jean, Marlene Mesidor, Markenson Jean, Miguel Jean, Victoria Jean (fallecida), Natalie Jean, Rafaelito Pérez Charles y Bersson Gelin, así como en relación con sus obligaciones derivadas de los derechos del niño, protegido en el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de las víctimas que al momento en que ocurrieron los hechos eran niñas y niños.

[...]

## Notas

299 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, OC-4/84*, párr. 53; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C N° 270, párr. 332, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.

- 300 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 209, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 214.
- 301 *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 234, y *TEDH, Caso D.H. y otros Vs. República Checa*. Nº 57325/00. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párrs. 184 y 194.
- 302 *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 235. En esa oportunidad, la Corte remitió a lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su *Observación General Nº 20 (La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 10 inciso b)*. La Corte, además, en la Sentencia referida, recordó que el Tribunal Europeo ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo, y señaló, en tal sentido, la siguiente decisión: *TEDH. Hoogendijk Vs. Holanda*, Nº 58641/00. Sección primera. Decisión de 6 de enero de 2005, pág. 21.
- 303 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A Nº 18, párr. 103, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 206.
- 304 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 104, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 206.
- 305 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 101.
- 306 Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 141. Ver también: Ver también: *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 127, párr 135; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 88, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17, párr. 44. Véase, en lo que se refiere al principio de no discriminación en materia de concesión o denegación de la nacionalidad, otros sistemas e instrumentos internacionales: *TEDH, Caso Genovese Vs. Malta*, Nº 53124/09. Sentencia de 11 de octubre de 2011 (discriminación entre hijos legítimos e hijos ilegítimos a efectos de la adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis*); Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Slepčik Vs. Países Bajos y República Checa*, Nº 30913/96, Decisión de 2 de septiembre de 1996 (discriminación por razón de raza o etnia); Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997, artículo 5; Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 9; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2.2, 7 y 8; Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 6* (trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen) de 2005, párr.12, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5 (d) (iii); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 29; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 54/91-61/91-96/93-98/93-164/07-196/97-210/98, *Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'homme and RADDHO, Collectif des Veuves et Ayant-droit et Association mauritanienne des droits de l'homme vs. Mauritanie*, párrs. 129 y 131 (desnacionalización de mauritanos de raza negra).
- 307 Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 141.
- 308 Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrs. 155 y 156.
- 309 *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 156.

- 359 Resulta conveniente enfatizar que la diferencia de trato advertida es entre quienes nacen en territorio estatal, no respecto de sus padres. La Corte toma nota de que el perito Gómez Pérez afirmó que en aspectos de nacionalidad no existe la prescripción adquisitiva o usucapión, de forma tal que, independientemente del tiempo que [una persona] haya dejado transcurrir, primero, violentando una norma, segundo, sin regularizar un estatus [ ] el hecho de que [dicha persona] pase cinco, 10, 15, 20, [o] 30 años, no de el derecho a [ ] adquirir por prescripción adquisitiva, el derecho a la nacionalidad. No obstante, el supuesto que se analiza no es el de la persona que siendo extranjera se halla en situación irregular en territorio del Estado, que es el señalado por el perito, sino el de las personas que nacen en dicho territorio. (Cfr. Dictamen pericial rendido por Cecilio Gómez Pérez ante la Corte durante la audiencia pública).
- 360 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02*, párr. 46; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003, párr. 84, y *Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 200.
- 361 Cfr. *Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 200. (En dicha sentencia se cita la siguiente jurisprudencia: TEDH, *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, Nº 57325/00. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 196, y TEDH, *Caso Sejdic y Finci Vs. Bosnia y Herzegovina*, Nos. 27996/06 and 34836/06. Sentencia del 22 de diciembre de 2009, párr. 42).
- 362 *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 156.
- 363 Al respecto, aunado a las referencias ya hechas sobre el contexto del presente caso (...), interesa señalar en su sentencia TC/1068/13 el Tribunal Constitucional ha indicado no sólo que la migración haitiana en República Dominicana es mayor que la proveniente de otros países, sino también que un porcentaje muy alto de esa migración haitiana es irregular. Así, ha aseverado en la sentencia mencionada, que [l]os extranjeros originarios de otros países diferentes a Haití ascienden a cien mil seiscientos treinta y ocho (100,638) personas, mientras que los de origen haitiano suman seiscientos sesenta y ocho mil ciento cuarenta y cinco (668,145). [ Los ] inmigrantes haitianos y sus descendientes [...] constituyen el 6,87% de la población que habita en el territorio nacional. De acuerdo con informaciones publicadas por la prensa dominicana, la Dirección General de Migración de la República Dominicana sólo tiene legalmente registrados la cantidad de once mil (11,000) inmigrantes haitianos, lo cual representa un ínfimo 0,16% del total. La población haitiana y de ascendencia haitiana en República Dominicana es, entonces, mayor que la población extranjera o de ascendencia extranjera cuyo origen sea de otros países y, además, un porcentaje de migrantes haitianos no se encuentran legalmente registrados; por otra parte, ya se ha hecho referencias contextuales sobre la situación de dificultad para la obtención de documentación personal y la vulnerabilidad de las personas haitianas o de ascendencia haitiana en República Dominicana (...).
- 396 Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 175, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133. Ver también peritaje de Pablo Ceriani Cernadas, en el cual se refirió a las distintas garantías del debido proceso que deben asegurarse en el marco de un proceso de expulsión. En específico señaló que [l]a expulsión tiene indudablemente naturaleza sancionatoria y de ahí la necesidad de asegurar todas la garantías procesales, con el fin de respetar y garantizar los derechos que pueden estar en juego en cada caso. Además del Principio de Legalidad que obliga a regular por ley el procedimiento a seguir en

estos casos, un elemento clave está en la adopción de los mecanismos a aplicar en cada caso, de manera individualizada, para examinar detenidamente la infracción que se atribuye a la persona, las pruebas y otros elementos de la causa y garantizar, por supuesto, su derecho de defensa. Dictamen pericial de Pablo Ceriani Cernadas rendido en la audiencia pública.

397 Cfr. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Artículo 36.1.b, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. OC-16/99, párr. 103.

438 Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 175, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133. Ver también: Peritaje de Pablo Ceriani Cernadas, en su declaración expresó que el término perfiles raciales tiene que ver [...] sobre todo cuando se mira ese uso de perfiles en términos negativos, tiene que ver con el programa, práctica, política, medidas concretas por el cual fuerzas de seguridad generales, en este caso podemos hablar de fuerzas de seguridad en el ámbito con competencia en el ámbito migratorio, establecen explícita o implícitamente para el accionar sobre todo de medidas de investigación y control, en este caso de control o verificación de infracciones migratorias, determinados criterios basados en, puede ser origen étnico, o el idioma, la nacionalidad de origen de una persona para una justificación razonable y objetiva para vencer ese tipo de mecanismos de control que tienen luego toda una serie de impactos negativos, no sólo para las personas migrantes, sino para la sociedad. Además señaló que una medida de expulsión colectiva prohibida no sólo por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino por otros tratados a nivel regional, y universal como la Convención de Derechos de Trabajadores Migratorios, alude a la decisión de expulsión de una persona que no haya sido la consecuencia de un debido proceso en el cual con las garantías adecuadas se haya podido evaluar con el suficiente detalle y exhaustividad las diferentes circunstancias sobre todo personales y de los hechos concretos en cada uno de los casos para eventualmente arribar a una decisión sancionatoria que podría constituir una eventual expulsión, si no están dadas esas circunstancias en términos de garantías procesales, que al mismo tiempo significan garantías sustantivas que se debaten en el marco de ese procedimiento, estaríamos hablando de lo que se suele denominar en temas migratorios mecanismos de expulsión automática que en muchos casos puede constituir lo que se llama expulsiones colectivas. Agregó que el número de personas es irrelevante en los aspectos de la expulsión colectiva, lo que tiene que ver es cómo ha sido el procedimiento, cómo se ha llegado a la decisión, cuáles han sido las etapas procesales y sustantivas que han derivado en la orden de expulsión y la implementación de esas medidas. (Dictamen pericial de Pablo Ceriani Cernadas rendido en la audiencia pública).

448 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. OC-4/84, párr. 53, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.

449 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 85, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.

450 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 53, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.

451 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, párr. 186, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 199.

452 *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opi-

- nión OC-4/84, párr. 54, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 199.
- 453 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, párr. 209, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 199.
- 454 Al respecto, la Convención Americana establece en el artículo 1.1 el respeto y garantía de los derechos reconocidos en ella, sin discriminación alguna por motivos de raza, color [...] origen nacional o social, posición económica [...] o cualquier otra condición social. Asimismo, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación racial define a la discriminación como: [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial, de 4 de enero de 1969, artículo 1. Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 231.
- 455 Cfr. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C N° 240, párr. 132, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 229.
- 456 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados OC-17/02*, párr. 119; *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 233, y *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. OC-21/14, (...)*.
- 457 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03*, párr. 118, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 155.

*Corte IDH*

*Caso Veliz Franco y otros  
vs. Guatemala*

*Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
19 de mayo de 2014*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 3 de mayo de 2012, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte (en adelante “escrito de sometimiento”) el caso *Veliz Franco y otros contra la República de Guatemala* (en adelante también “el Estado” o “Guatemala”). De acuerdo con lo señalado por la Comisión, el presente caso se relaciona con la falta de respuesta eficaz del Estado a la denuncia presentada el 17 de diciembre de 2001 por Rosa Elvira Franco Sandoval (en adelante también “Rosa Elvira Franco” o “señora Franco Sandoval” o “señora Franco”) ante el Ministerio Público para denunciar la desaparición de su hija, María Isabel Veliz Franco (en adelante también “María Isabel Veliz” o “María Isabel” o “la niña” o “la presunta víctima”), de 15 años de edad, así como las posteriores falencias en la investigación de los hechos. En dicha denuncia la señora Franco Sandoval manifestó que el 16 de diciembre de 2001 su hija salió de su casa a las ocho de la mañana hacia su trabajo y no regresó. La Comisión indicó que no hay constancias en cuanto a esfuerzos realizados para buscar a la víctima desde que se presentó la denuncia, hasta que se encontró el cadáver a las 14:00 horas del 18 de diciembre de 2001. Asimismo, señaló que existieron una serie de irregularidades durante la investigación de la desaparición y posterior muerte<sup>1</sup> de María Isabel Veliz Franco, entre las que destacan la falta de realización de diligencias cuando fue reportada desaparecida y fallas en la preservación de la escena del crimen, así como deficiencias en el manejo y análisis de la evidencia recolectada.

[...]

## IX. GARANTÍAS JUDICIALES, IGUALDAD ANTE LA LEY Y PROTECCIÓN JUDICIAL, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES GENERALES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO Y CON EL DEBER DE PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

[...]

#### B.4) Discriminación y falta de investigación con perspectiva de género

204. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma<sup>304</sup>. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional<sup>305</sup>. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación<sup>306</sup>.

205. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en numerosos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia<sup>307</sup>. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico<sup>308</sup>.

206. Además, el Tribunal ha establecido 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 facto*<sup>309</sup>. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>310</sup>.

207. La Corte estima que la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer, tal como han señalado otros organismos internacionales de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el CEDAW<sup>311</sup>. Tanto la Convención de Belém do Pará (preámbulo y artículo 6) como el CEDAW (preámbulo) han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. En el mismo sentido, el Convenio

del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011) afirma que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”, así como que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género”<sup>312</sup>.

208. La Corte reitera que 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<sup>313</sup>. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia<sup>314</sup>. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.

209. Según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual<sup>315</sup>, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género.

210. Como ya fue demostrado en el presente caso, las autoridades a cargo de la investigación omitieron pruebas pertinentes para determinar la violencia sexual, o las realizaron tardíamente cuando ya los elementos de prueba, cuya cadena de custodia no se resguardó, estaban contaminados (...). Además, la Corte considera que la falta de debida diligencia en la investigación del homicidio de la víctima está estrechamente vinculada a la ausencia de normas o protocolos específicos para la investigación de casos de homicidios de mujeres por razón de género y de violencia contra la mujer en general. Tal como ha reconocido el Estado, en el momento de los hechos, no había legislación ni procedimientos específicos para investigar casos de violencia contra la mujer. La mayoría de las leyes y medidas para luchar contra dicho fenómeno han sido adoptadas por el Estado con posterioridad a los hechos del presente caso<sup>316</sup>, por lo que no han podido ser aplicadas al mismo ni han contribuido para la efectividad de la investigación llevada a cabo en relación a la muerte de María Isabel Veliz Franco. Lo anterior podría, en parte, explicar

la negligencia estatal, pero no justificarla o fungir como eximente de la responsabilidad internacional del Estado. Ello, en tanto las normas en que se sustentan los derechos y obligaciones aquí examinados mandan la plena observancia de éstas y aquéllos en forma inmediatamente exigible al Estado a partir de la entrada en vigor de los tratados respectivos. Por ello, el Tribunal no puede admitir el argumento del Estado según el cual se eximiría de responsabilidad con base en que las autoridades estatales tomaron todas las medidas pertinentes de conformidad con la legislación vigente en ese momento y dentro de sus posibilidades.

211. Adicionalmente, las dificultades para establecer si María Isabel Veliz Franco fue víctima de violencia contra la mujer según la Convención de Belém do Pará deriva en parte de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades estatales sobre el incidente violento que causó la muerte de la víctima, así como de sus posibles causas y motivaciones. La Corte ya ha señalado que en el momento de los hechos ocurridos en el 2001, existía en Guatemala un contexto de incremento de homicidios que involucraba actos contra mujeres (...), a lo que se une que en el presente caso había indicios suficientes para sospechar que el homicidio de la víctima pudo tener un móvil discriminatorio, por el odio o desprecio por su condición de mujer, o que fue perpetrado con algún tipo de violencia sexual (...). Además, según se desprende del expediente judicial, la señora Rosa Elvira Franco Sandoval comunicó mediante escrito al Fiscal General y Jefe del Ministerio Público que cuando tuvo que ir a la morgue a reconocer a su hija, el forense “le indicó que su hija había sido violada” (...).

212. Este incumplimiento del deber de no discriminación se vio agravado en el presente caso por el hecho de que algunos funcionarios a cargo de la investigación del caso efectuaron declaraciones que denotan la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Del acervo probatorio se desprende que en algunos informes de la investigación se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia. Según un escrito de la madre de la víctima de 27 de abril de 2007 (...), la Auxiliar Fiscal de la Agencia N° 5 de Mixco le habría dicho que María Isabel “era una cualquiera, una prostituta”<sup>317</sup>. Asimismo, con base en información suministrada en un peritaje psicológico practicado a una amiga de María Isabel, el perito, sin fundamento, en su informe, concluyó que la víctima habría sufrido de “inestabilidad emocional al andar con varios novios y amigos” (...). Si bien es cierto, como alegó el Estado, que algunas de estas afirmaciones provenían de las declaraciones rendidas por testigos o entrevistados (conocidos y amigos de la víctima) en el marco de la investigación, el hecho de que se diera relevancia en los interrogatorios y en los informes a ciertos aspectos de

la vida privada y del comportamiento previo de María Isabel demuestra la existencia de estereotipos de género. Esta conclusión coincide con el contexto al que hacen referencia ciertos estudios y testimonios de mujeres sobrevivientes y sus familiares, así como la perita Solís García, sobre la “tendencia de los investigadores a desacreditar a las víctimas y culpabilizarlas por su estilo de vida, o ropa” y la indagación de aspectos relativos a las relaciones personales y sexualidad de las víctimas (...).

213. En el presente caso, los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores. Al respecto, la Corte ya ha tenido ocasión de señalar que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer<sup>318</sup>.

214. La Corte, refiriéndose a los artículos 1.1 y 24 de la Convención, ha indicado que “la diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana. [E]n otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24”<sup>319</sup>.

215. Los hechos del presente caso comprenden ambas modalidades de discriminación y por lo tanto no se hace necesario realizar una distinción, por lo cual la Corte considera que se ha violado tanto el derecho a la igual protección de la ley (artículo 24) como el deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana (artículo 1.1).

216. En consecuencia, la Corte estima que la investigación del homicidio de María Isabel no ha sido conducida con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belém do Pará. Por ello, en el marco de la investigación, en el presente caso el Estado violó el derecho a la igual protección de la ley contenido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 del tratado.

[...]

## C. Conclusión

225. Por lo expuesto, la Corte colige que pese a indicios de que el homicidio de María Isabel podría haberse cometido por razones de género, la investigación no fue conducida con una perspectiva de género y se demostró que hubo faltas a la debida diligencia y actos de sesgo discriminatorio en la misma. La investigación, ha sobrepasado excesivamente el plazo razonable y aún continúa en su fase investigativa inicial. Además, la falta de diligencia en el caso, como reconoció el Estado, se vinculó a la inexistencia de normas y protocolos para la investigación de este tipo de hechos. Por todo lo dicho, esta Corte concluye que la investigación abierta a nivel interno no ha garantizado el acceso a la justicia de los familiares de María Isabel Veliz Franco, lo cual constituye una violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, y el derecho a la igualdad ante ley consagrado en el artículo 24 de la Convención, en relación con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y con los artículos 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio la señora Rosa Elvira Franco Sandoval, Leonel Enrique Veliz Franco, José Roberto Franco, y de los abuelos ya fallecidos Cruz Elvira Sandoval Polanco y Roberto Franco Pérez.

[...]

## Notas

- 1 En el escrito de sometimiento del caso y en el Informe de Fondo, la Comisión para referirse a los hechos ocurridos a María Isabel usa indistintamente las expresiones “muerte”, “homicidio” y “asesinato”. Específicamente en el apartado de Recomendaciones del Informe de Fondo, la Comisión recomendó al Estado “esclarecer el asesinato de María Isabel Veliz Franco”. Cfr. Escrito de sometimiento del caso de 3 de mayo de 2012 (expediente de excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, fs. 2 a 6), e Informe de Fondo N° 170/11, Caso 12.578, María Isabel Veliz Franco y Otros, Guatemala, 3 de noviembre de 2011 (expediente de excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, fs. 7 a 51).
- 304 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 53, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, (...), párr. 332.
- 305 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 85, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251, párr. 236.
- 306 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, (...), párr. 53, y *Caso Nadege Dorzema y otros*, (...), párr. 224.
- 307 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párr. 269, y *Caso Nadege Dorzema y otros*, (...), párr. 225.

- 308 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, (...), párr. 101, y *Caso Nadege Dorzema y otros*, (...), párr. 225.
- 309 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, (...), párr. 103, y *Caso Nadege Dorzema y otros*, (...), párr. 236.
- 310 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, (...), párr. 104, y *Caso Nadege Dorzema y otros*, (...), párr. 236.
- 311 Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, (...), párr. 303, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, (...), párrs. 394 a 402. Ver también, TEDH, *Opuz Vs. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 2009, párr. 200, y CEDAW, Recomendación General 19: La Violencia contra la Mujer (1992), párrs. 1 y 6.
- 312 Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. (Estambul, 2011). Este Convenio no ha entrado todavía en vigor, por falta de ratificaciones (se necesitan 10 ratificaciones).
- 313 Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, (...), párrs. 388 y 400.
- 314 Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, (...) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *supra*, párr. 400.
- 315 El artículo 54 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica establece que "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario". Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se han pronunciado también sobre la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima en casos de violencia sexual. Así, por ejemplo, "la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo" y "Son inadmisibles las evidencias de la conducta sexual previa de la víctima". Cfr. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *supra*(...), art. 54.
- 316 Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer de 2008; Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas de 2009; creación de Juzgados y Tribunales con Competencia en Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer en 2010, y protocolos específicos para un correcto levantamiento de cadáveres (utilizados en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses).
- 317 Cfr. Escrito de Rosa Elvira Franco Sandoval dirigido a la Comisión Interamericana, (...).
- 318 Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, (...), párrs. 400 y 401, y CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.
- 319 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 209, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)*, (...), párr. 333.

*Corte IDH*

*Caso Norín Catrimán y otros  
(Dirigentes, Miembros y Activista  
del Pueblo Indígena Mapuche)  
vs. Chile*

*Fondo, Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
29 de mayo de 2014*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 7 de agosto de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso “*Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros (Lonkos<sup>2</sup>, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) respecto de la República de Chile*” (en adelante, “el Estado” o “Chile”). Según la Comisión, el caso se refiere a la alegada “violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”. Según la Comisión, el caso se inserta dentro de “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”.

[...]

## VII. FONDO

153. El presente caso se refiere a alegadas violaciones en perjuicio de las ocho presuntas víctimas relacionadas con su procesamiento y condena penal por delitos de carácter terrorista. Tales personas eran dirigentes, miembros o activista del Pueblo indígena Mapuche. La Corte deberá resolver si la ley penal que les fue aplicada (Ley Antiterrorista) era violatoria del principio de legalidad así como también deberá pronunciarse sobre si en los procesos penales se configuraron alegadas violaciones a varias garantías judiciales, y si la prisión preventiva decretada violó su derecho a la libertad personal. El Tribunal deberá pronunciarse también sobre los alegatos efectuados por la Comisión Interamericana y los intervinientes comunes respecto de la supuesta consideración del origen étnico de

las presuntas víctimas para aplicarles de forma discriminatoria la referida ley penal en el marco de un alegado contexto de “aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche”, mediante lo cual alegadamente se criminalizó la protesta social de miembros de ese pueblo indígena<sup>156</sup>.

[...]

## VII.2 IGUALDAD ANTE LA LEY (ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA) Y GARANTIAS JUDICIALES (ARTÍCULO 8.1, 8.2.F Y 8.2.H DE LA CONVENCIÓN AMERICANA), EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1

[...]

- A) Derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención) y derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 de la Convención), en relación con el artículo 1.1 de la Convención

[...]

193. La imparcialidad de los tribunales actuantes en los distintos casos ha sido cuestionada por dos órdenes de argumentos. El primero de ellos se refiere exclusivamente al proceso seguido contra el señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, único en el cual se aplicó el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906. La Corte no encuentra necesario pronunciarse en forma particular sobre esos alegatos y los relativos al artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.5 (...), pero los tomará en cuenta en lo pertinente al pronunciarse sobre el derecho de defensa (artículo 8.2.f de la Convención) (...) y sobre la alegada violación a la libertad personal en relación con la prisión preventiva a la que fue sometido el señor Ancalaf Llaupe (artículo 7 de la Convención) (...).

194. El segundo orden de argumentos está relacionado con la alegada discriminación por razones de origen étnico en perjuicio de las presuntas víctimas, sea por la supuesta existencia de una “aplicación selectiva de la Ley Antiterrorista” en contra de integrantes del Pueblo indígena Mapuche, sea porque las sentencias penales internas contienen expresiones que se estima que constituyen o revelan discriminación de la índole indicada.

195. Para dirimir las controversias al respecto, las consideraciones de la Corte se ordenarán de la manera siguiente:

- a) Consideraciones generales:
  - i. El principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley;
  - ii. El derecho a un juez o tribunal imparcial;
- b) Aplicación al caso:
  - i. Alegada aplicación selectiva y discriminatoria de la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche, y
  - ii. Alegada utilización de estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias penales internas.

#### a) Consideraciones generales

##### *a.i) El principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley*

196. Como ya se indicó, el artículo 1.1 de la Convención dispone que los Estados Partes “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”. A su vez, el artículo 24 estipula que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (...).

197. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que 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<sup>202</sup>. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico<sup>203</sup>.

198. En cuanto al concepto de discriminación, cabe tomar como base las definiciones contenidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>204</sup> y el Artículo 1.1 de la Convención sobre

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>205</sup> para concluir que *discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en los motivos prohibidos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera*<sup>206</sup>.

199. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación<sup>207</sup>. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe<sup>208</sup>, pues protege el derecho a la "igual protección de la ley"<sup>209</sup>, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación<sup>210</sup>.

200. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable<sup>211</sup>, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido<sup>212</sup>.

201. Además, la Corte ha establecido 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 facto*<sup>213</sup>. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>214</sup>.

202. Tomando en cuenta los criterios de interpretación estipulados en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte considera que el origen étnico es un criterio prohibido de discriminación que se encuentra comprendido dentro de la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención Americana. El Tribunal ha indicado que al interpretarse el contenido de dicha expresión debe "elegirse la alternativa más favorable para la tutela de

los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”<sup>215</sup>. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el referido artículo, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. La redacción de esa norma “deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”<sup>216</sup>.

203. Varios tratados internacionales prohíben expresamente la discriminación por origen étnico<sup>217</sup>. Asimismo, otros instrumentos internacionales reafirman que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación<sup>218</sup>.

204. La Corte toma en cuenta que la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural<sup>219</sup>, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres<sup>220</sup>.

[...]

206. El artículo 1.1. de la Convención Americana proscribire la discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación (*supra* párr. 196). Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención. Por ello, está proscribida por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia 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 origen étnico<sup>221</sup>. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscribire una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación.

#### *a.ii) El derecho a un juez o tribunal imparcial*

[...]

208. En el presente caso han sido sometidas a la consideración de la Corte alegaciones sobre la supuesta falta de imparcialidad personal de los jueces o tribunales que dictaron

las sentencias condenatorias. Al respecto, este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de una manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte ha destacado que la imparcialidad personal se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes. El juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho<sup>222</sup>.

209. También ha determinado la Corte que “una violación del artículo 8.1 por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales”<sup>223</sup>.

210. Las medidas eficaces de lucha contra el terrorismo deben ser complementarias y no contradictorias con la observancia de las normas de protección de los derechos humanos<sup>224</sup>. Al adoptar medidas que busquen proteger a las personas bajo su jurisdicción contra actos de terrorismo, los Estados tienen la obligación de garantizar que el funcionamiento de la justicia penal y el respeto a las garantías procesales se apeguen al principio de no discriminación<sup>225</sup>. Los Estados deben asegurar que los fines y efectos de las medidas que se tomen en la persecución penal de conductas terroristas no discriminen permitiendo que las personas se vean sometidas a caracterizaciones o estereotipos étnicos<sup>226</sup>.

## b) Aplicación al caso concreto

### *b.i) Alegada aplicación selectiva y discriminatoria de la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche*

211. Cuando los intervinientes comunes alegaron que existía una “aplicación selectiva de la ley Antiterrorista” se estaban refiriendo a datos estadísticos correspondientes a la época de los hechos. Asimismo, la Comisión y los representantes han mencionado un “contexto” de “aplicación selectiva” de la Ley Antiterrorista “frente a personas pertenecientes al pueblo indígena mapuche” y a la “criminalización de la protesta social” de dicho pueblo (...).

[...]

217. No obstante, la Corte toma particularmente en cuenta la información contenida en los “comentarios del Estado de Chile al informe de la visita del Relator Especial” sobre promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo<sup>242</sup>, según la cual entre el 2000 y el 2013 “el Ministerio Público ha formalizado un total de 19 causas bajo la Ley Antiterrorista, de las cuales 12 se relacionan a reivindicaciones de tierras de grupos mapuche”<sup>243</sup>.

218. Con fundamento en esa información es posible constatar que en una mayoría de causas se ha invocado dicha ley contra miembros del Pueblo indígena Mapuche: de las 19 causas en que se formalizó la investigación penal bajo la Ley Antiterrorista, en 12 de ellas los imputados eran de origen mapuche o se relacionan con reivindicaciones de tierras de dicho pueblo. A este respecto, varios de los informes de Relatores Especiales y Comités de Naciones Unidas han manifestado su preocupación por la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche en relación con delitos cometidos en el contexto de la protesta social<sup>244</sup> o han manifestado una aplicación “desproporcionada” de la referida ley a los mapuche<sup>245</sup>.

219. El Tribunal estima que la mayor aplicación a miembros del Pueblo indígena Mapuche de esa ley penal que tipifica conductas terroristas por sí misma no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación “selectiva” de carácter discriminatorio. Asimismo, no fueron aportados a la Corte suficientes elementos de información sobre el universo de hechos de violencia o delictivos de naturaleza semejante en la época de los hechos del presente caso, supuestamente perpetrados por personas no pertenecientes al Pueblo indígena Mapuche, a los que, con los criterios con los que se aplicó la Ley Antiterrorista en los casos de imputados mapuche, se debiera haber aplicado también en esos otros casos.

[...]

221. De lo expuesto en este apartado se desprende que no existen elementos que permitan a la Corte determinar que ha existido una aplicación discriminatoria de la Ley Antiterrorista en perjuicio del Pueblo Mapuche o de sus integrantes.

***b.ii) Alegada utilización de estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias penales internas***

222. La Comisión y los representantes expresaron (...) que en varios pasajes de las sentencias condenatorias de las presuntas víctimas se emplearon estereotipos y prejuicios

étnicos, y sostuvieron que con ello se habrían configurado violaciones del principio de igualdad y del derecho a un juez o tribunal imparcial. En su Informe de Fondo, la Comisión concluyó a este respecto que el Estado había violado el “derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” y “el derecho de los procesados a un juez imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” (...).

223. Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado<sup>247</sup>.

224. Los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado<sup>248</sup>. Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias “basadas en estereotipos [...] socialmente dominantes y socialmente persistentes, [...] se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades]”<sup>249</sup>.

[...]

226. Para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales<sup>251</sup>.

[...]

228. La Corte considera que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

[...]

230. *La Corte concluye que el Estado ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.*

[...]

## Notas

- 2 “Lonkos” son los dirigentes principales de las comunidades Mapuche. (...).
- 156 Informe de Fondo 176/10, párrs. 1, 5, 211 y 289; escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de CEJIL, y escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la FIDH (expediente de fondo, Tomo I, folios 2, 10, 11, 67, 76, 97, 269, 270, 351, 352, 401, 425, 507, y 515).
- 202 *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A Nº 4, párr. 55, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 79.
- 203 *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A Nº 18, párr. 101, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay,* párr. 269, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile,* párr. 79.
- 204 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala que: “[e]n la presente Convención la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.
- 205 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala que: “[a] los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.
- 206 Esa caracterización es análoga a la hecha por el Comité de Derechos Humanos, el cual ha definido la discriminación como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados

- motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Cfr. UN Doc. CCPR/C/37, Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 18, No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 6.
- 207 Cfr. *Caso YATAMA Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr. 186, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 82.
- 208 Cfr. *Caso YATAMA Vs. Nicaragua*, párr. 186.
- 209 Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 54, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 82.
- 210 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 209, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 82.
- 211 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 46; *Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003, párr. 84, y *Caso YATAMA Vs. Nicaragua*, párr. 185.
- 212 Cfr. TEDH, *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, N° 57325/00. Sentencia del 13 de noviembre de 2007, párr. 196, y TEDH, *Caso Sejdic y Finci Vs. Bosnia y Herzegovina*, Nos. 27996/06 and 34836/06. Sentencia del 22 de diciembre de 2009, párr.42.
- 213 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 103, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C N° 251, párr. 236.
- 214 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 104, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 236. En este sentido se ha expresado con anterioridad el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General N° 18, No Discriminación, del 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 10.
- 215 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 52, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 84.
- 216 Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 85.
- 217 Entre otros, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial establece en su artículo 2 la obligación de los Estados partes de "no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones" y, en su artículo 1, determina que "la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico" que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. La Convención sobre los Derechos del Niño enuncia en su artículo segundo que se respetarán los derechos enunciados en esa Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción,

“sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”, de forma tal que se incluye la categoría de “raza” separadamente del “origen nacional, étnico o social”. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares dispone en su artículo 1 que “[l]a [referida] Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

- 218 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma en el párrafo quinto de su preámbulo “que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación”, y dispone en el artículo 2 que “[l]os pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”. Cfr. UN Doc. A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 61/295.
- 219 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 51, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*, párr. 354.
- 220 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 63, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*, párr. 354.
- 221 En igual sentido respecto de la prohibición de discriminación por orientación sexual. Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 91.
- 222 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 189.
- 223 Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr.190.
- 224 Cfr. UN Doc. A/HRC/16/51, 21 de diciembre de 2010, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Sr. Martin Scheinin, *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, párrs. 12 y 13. En similar sentido: *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo, párrs. 44 y 57; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 95; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119, párr. 91, y *Caso Del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. *Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C N° 181, párrs. 76 a 80.
- 225 Cfr. UN Doc. A/57/18, 8 de marzo de 2001, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Declaración sobre la discriminación racial y las medidas para combatir el terrorismo*, adoptada luego de los actos terroristas perpetrados en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001, pág. 102.
- 226 Cfr. UN Doc. HR/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), Instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, Compilación de Observaciones y Recomendaciones Generales adoptadas por los órganos de derechos humanos,

- Recomendación General no. XXX del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2005)*, párr. 10.
- 242 Cfr. UN Doc. A/HRC/25/59/Add.3, 11 de marzo de 2014, Consejo de Derechos Humanos, Comentarios del Estado de Chile al *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Ben Emmerson. Adición, Misión a Chile, párr. 12.
- 243 Esa estadística es similar a la información aportada por las partes en el presente proceso:
- a) el documento entregado por el Ministerio Público en respuesta al pedido de acceso a información pública formulado por el representante Sergio Fuenzalida el 8 de abril de 2013 (anexo aportado por CEJIL junto con sus alegatos finales), que consiste en un cuadro que contiene información de un total de 21 causas formalizadas por el Ministerio Público en que se invocó la Ley Antiterrorista entre los años 2000 y abril de 2013 en todo Chile. Este documento no contiene información de los procesados desagregada por origen étnico. Sin embargo, en su escrito de alegatos finales, CEJIL indicó a la Corte que verificó directamente los números de radicación (RUC) de las referidas causas y encontró que en 11 de esas 21 causas los imputados eran “personas del pueblo mapuche”. El Estado no objetó esa prueba ni tal afirmación de CEJIL, sino que ratificó esta última sosteniendo en sus alegatos finales que “los casos formalizados por el Ministerio Público por delitos terroristas que estarían relacionados con el conflicto mapuche, entre los años 2000 y 2013, son 11, en todo Chile”.
  - b) el documento aportado por el Estado a la Corte Interamericana en respuesta al pedido de prueba para mejor resolver indicando que se trata de “Lista con registro histórico de formalizados por la Ley Antiterrorista entre los años 2000 y 2013 en todo Chile”, que consiste en un cuadro que contiene información de un total de 17 causas formalizadas por el Ministerio Público en que se invocó la Ley Antiterrorista entre los años 2000 y julio de 2013 en todo Chile y tampoco contiene información de los procesados desagregada por origen étnico (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, folios 52 a 55). La Corte solicitó a Chile que complementara la información presentada en este documento indicando “en cuáles los imputados o condenados son de origen mapuche”. Sin embargo, el Estado respondió que esa información no estaba desagregada y que no era posible hacerlo en el plazo concedido por el Tribunal. Al presentar sus observaciones a esa prueba, la FIDH afirmó que 12 de las 17 causas “están relacionadas con la protesta Mapuche”. Ello no fue objetado por Chile.
- 244 El informe de 2007 del Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación en cuanto a que miembros del pueblo mapuche estarían siendo vinculados a procesos penales por terrorismo por actos de protesta o demanda social en relación con la defensa de sus derechos territoriales, pero no se refirió a una aplicación selectiva de la Ley Antiterrorista, sino a la preocupación por la indebida amplitud de la definición de ese tipo de delitos en la Ley N° 18.314 y a la limitación de garantías procesales bajo la referida ley.
- El Informe de 2007 del Relator Especial sobre promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin –quien también rindió peritaje ante la Corte en este caso– que manifestó su preocupación por la condena de nueve individuos mapuche entre los años 2003 a 2005 por delitos relacionados con actos de protesta social asociados a las reivindicaciones de tierras tradicionales indígenas, en virtud de la definición de terrorismo que estaba contemplada en la legislación de Chile.
- En el año 2009, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, después de su visita a Chile los días 5 a 9 de abril de

2009, consideró como “preocupante” la “aplicación, especialmente en años pasados, de la Ley [A] ntterrorista (Ley N° 18314) para procesar y condenar a individuo mapuche por delitos cometidos en el contexto de la protesta social”.

En el año 2009 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus observaciones finales sobre Chile, “not[ó] con preocupación que la Ley [A] ntterrorista 18.314 ha sido aplicada principalmente a miembros del pueblo mapuche, por actos ocurridos en el contexto de demandas sociales, relacionados con la reivindicación de los derechos sobre sus tierras ancestrales”. Al respecto, el referido Comité recomendó, inter alia, que Chile: “se asegure de que la Ley Antiterrorista no sea aplicada a miembros de la comunidad Mapuche por actos de protesta o demanda social”, y que “ponga en práctica las recomendaciones formuladas en este sentido por el Comité de Derechos Humanos en 2007 y por los Relatores Especiales sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, con motivo de sus visitas a Chile en 2003 y en 2009”. Asimismo, el Comité señaló a la atención del Estado parte su Recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento de la justicia penal (párrafo 5, inciso e). En sus observaciones con respecto a Chile de septiembre de 2013, el mismo Comité expresó que “sigue preocupado por información que indica la continua aplicación desproporcionada de la Ley [N° 18.314] a miembros del pueblo mapuche por actos ocurridos en el contexto de reclamos por sus derechos, incluyendo sobre sus tierras ancestrales”, y recomendó nuevamente que el Estado “[a]segure que la Ley Antiterrorista no sea aplicada a miembros de la comunidad mapuche por actos de demanda social” y que “[p]onga en práctica las recomendaciones formuladas en este sentido por el Comité de Derechos Humanos (2007) y por el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (2003 y 2007), y que además tome en cuenta las recomendaciones preliminares del Relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo”, así como que “[m]onitoree los efectos discriminatorios que la aplicación de la Ley Antiterrorista y prácticas relacionadas podrían tener sobre los pueblos indígenas”.

Cfr. UN Doc. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile*, párr. 7 (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, anexo 8, folio 312); UN Doc. A/HRC/6/17/Add.1, 28 de noviembre de 2007, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin*, Adición, párr. 9 (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, anexo 10, folio 370); UN Doc. A/HRC/12/34/ Add.6, 5 de octubre de 2009, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Adición, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, párr. 46 (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, anexo 12, folio 441); UN Doc. CERD/C/CHL/CO/15–18, 7 de septiembre de 2009, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Chile*, párr. 15 (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10, anexo 14, folio 502), y UN Doc.

CERD/C/CHL/CO/19–21, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013, párr. 14.

- 245 El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, en su “[e]valuación preliminar” sobre la visita que realizó a Chile del 17 al 30 de julio de 2013 manifestó que las protestas por parte de miembros del pueblo mapuche relacionadas con “la reivindicación de sus territorios ancestrales”, “se han caracterizado típicamente por la por la ocupación de predios además del incendio y otras formas de ataques físicos dirigidos contra propiedades agrícolas, forestales e industriales asociadas a la colonización comercial del territorio Mapuche”, y que “[l]a legislación antiterrorista ha sido aplicada por los fiscales públicos locales y por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en un número relativamente definido de casos emblemáticos, principalmente involucrando imputados múltiples. Las estadísticas demuestran que las protestas Mapuches representan la gran mayoría de procesamientos bajo la legislación antiterrorista”. En su informe final sobre la referida visita, el Relator Especial afirmó que “no puede haber duda de que la Ley Antiterrorista se ha utilizado de forma desproporcionada contra personas acusadas por delitos relacionados con las protestas de tierras mapuche”. Cfr. Declaración del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de 30 de julio de 2013 sobre su visita a Chile del 17 al 30 de julio de 2013, y UN Doc. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Ben Emmerson, Adición, Misión a Chile, párr. 54 (expediente de fondo, tomo V, folios 2566 a 2587).
- 247 Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, párr. 182, y *Caso J. Vs. Perú*, párr. 233.
- 248 Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205, párr. 401, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 111.
- 249 Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, párr. 401.
- 251 Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 95.

*Corte IDH*

*Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*

*Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
20 de noviembre de 2014*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 8 de diciembre de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) presentó un escrito (en adelante “escrito de sometimiento”) por el cual sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso Gladys Carol Espinoza Gonzáles contra la República del Perú (en adelante “el Estado” o “Perú”). Según la Comisión, el presente caso se relaciona con la supuesta detención ilegal y arbitraria de Gladys Carol Espinoza Gonzáles el 17 de abril de 1993, así como la alegada violación sexual y otros hechos constitutivos de tortura de los que fue víctima, mientras permaneció bajo la custodia de agentes de la entonces División de Investigación de Secuestros (DIVISE) y de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE), ambas adscritas a la Policía Nacional del Perú. La Comisión sostuvo que además de los alegados hechos de tortura ocurridos a comienzos de 1993, Gladys Espinoza habría sido sometida a condiciones de detención inhumanas durante su reclusión en el Penal de Yanamayo entre enero de 1996 y abril de 2001, presuntamente sin acceso a tratamiento médico y alimentación adecuados, y sin la posibilidad de recibir visitas de sus familiares. También señaló que en agosto de 1999 agentes de la Dirección Nacional de Operaciones Especiales de la Policía Nacional del Perú (DINOES) le habrían propinado golpizas en partes sensibles del cuerpo, sin que la presunta víctima tuviera acceso a atención médica oportuna. Finalmente, sostuvo que los hechos del caso no habrían sido investigados y sancionados por las autoridades judiciales competentes, permaneciendo en la impunidad.

[...]

### VIII.3 VIOLENCIA SEXUAL Y LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINAR A LA MUJER, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS

[...]

216. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que 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 incursos en tal situación <sup>363</sup>. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico<sup>364</sup>.

217. Al respecto, la Corte ha señalado que, mientras la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en dicho tratado, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley” <sup>365</sup>. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la misma, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación<sup>366</sup>. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe<sup>367</sup>.

218. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención “es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo trato que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma<sup>368</sup>. Por ende, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier trato discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional<sup>369</sup>. Es por ello que la Corte ha sostenido que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación<sup>370</sup>. El artículo 24 de la Convención consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe<sup>371</sup>, pues protege el derecho a “igual protección de la ley” <sup>372</sup>, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación<sup>373</sup>.

219. En este sentido, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable<sup>374</sup>, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido<sup>375</sup>.

220. Además, la Corte ha establecido 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 facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>376</sup>.

221. Desde una perspectiva general, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, “la CEDAW”, por sus siglas en inglés) define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”<sup>377</sup>. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (en adelante, “el Comité de la CEDAW”) 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”<sup>378</sup>.

222. En el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará, en su preámbulo, señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. Asimismo, la Corte ha señalado que, una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación<sup>379</sup>.

223. Finalmente, la Corte ha establecido que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Dicha discriminación incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”<sup>380</sup>.

224. Dado que los alegatos planteados por los representantes en el presente caso se refieren a una supuesta discriminación en cuanto al deber de respetar y garantizar los derechos a la integridad personal, en perjuicio de Gladys Espinoza, la Corte procederá a determinar si existió un incumplimiento de la obligación del Estado contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana por la alegada aplicación de una práctica discriminatoria de violencia y violación sexual a Gladys Espinoza durante su detención en las instalaciones de la DIVISE y la DINCOTE en 1993.

### B.1. La práctica discriminatoria de violencia y violación sexual

225. En este caso, la Corte ya estableció que durante el período del conflicto comprendido entre 1980 y 2000, la violencia sexual fue una práctica generalizada dentro de las fuerzas de seguridad, la cual afectó principalmente a las mujeres (...). La Corte considera que esta práctica constituyó violencia basada en género pues afectó a las mujeres por el solo hecho de serlo, y que, tal como se desprende de la prueba, fue favorecida por la legislación antiterrorista vigente para la fecha, la cual se caracterizó por la ausencia de garantías mínimas para los detenidos, además de disponer, entre otros, la potestad de incomunicar a los detenidos y el aislamiento celular (...).

226. Al respecto, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión<sup>381</sup>. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección<sup>382</sup>. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima<sup>383</sup>.

227. En este sentido, en la audiencia pública ante la Corte, la perita Julissa Mantilla señaló que, en los conflictos armados, “la violencia sexual no es un hecho casual, no es un hecho colateral a la guerra sino que [...] puede ser una estrategia de guerra”<sup>384</sup>.

228. La Corte nota que el testigo Félix Reátegui, asesor principal del Presidente de la CVR y coordinador operativo de la Unidad de su Informe Final, clasificó la violencia sexual contra la mujer en el Perú como un “patr[ón] de criminalidad” dado que, “al mismo tiempo que fue una conducta recurrente tanto de agentes no estatales [...] como de agentes estatales, es decir, [de] miembros de las fuerzas armadas y la policía[,...] la conducta vio-

latoria sexualmente tiene una recurrencia, una generalidad y una sistematicidad que hace que en ciertos momentos y en ciertos lugares se tenga que hablar de crímenes de lesa humanidad atribuibles tanto a agentes estatales como a agentes no estatales”. Señaló, además, que dichos actos podían tener una motivación instrumental y no instrumental, en los siguientes términos: “una motivación que se podría denominar instrumental que se asocia con la intención de: castigar a la víctima; destruir moralmente a la víctima; castigar y humillar y destruir moralmente al varón por medio de la utilización del cuerpo de la víctima mujer; extraer confesiones mediante tortura. La otra orientación, no instrumental, es sencillamente el ejercicio del poder absoluto que el varón tiene sobre la mujer, en algunos casos también utilizándose como ‘recompensa’ que el jefe de una unidad armada da a sus subalternos para que se satisfagan con la mujer, que en este caso por lo tanto comienza a ser utilizada como un botín de guerra para la satisfacción sexual de los soldados o subalternos”<sup>385</sup>.

229. La Corte ya estableció que los actos de violencia y violación sexual perpetrados en contra de Gladys Espinoza durante su detención en la DIVISE y la DINCOTE fueron consistentes con la práctica generalizada de violencia sexual que existía en el Perú en la época de los hechos (...). En este punto, la Corte recuerda que la violencia sexual contra las mujeres afectó a un número importante de las mujeres detenidas a causa de su real o presunto involucramiento personal en el conflicto armado, y que afectó también a aquéllas cuyas parejas eran miembros reales o supuestos de los grupos subversivos (...). En este caso, la Corte ya estableció que la tortura a la que fue sometida Gladys Espinoza, la cual incluyó actos de violación sexual y otras formas de violencia sexual, se dio dentro del marco de una detención y tuvo la finalidad de obtener información sobre el secuestro por parte del MRTA de un empresario. Igualmente, la Corte recuerda que los agentes estatales que la detuvieron junto con Rafael Salgado amenazaron a éste que hablara sobre el paradero de dicho empresario, o que de lo contrario “los 20 [hombres iban] a pasar por ella” (...). Es decir, el cuerpo de Gladys Espinoza como mujer fue utilizado a fin de obtener información de su compañero sentimental y humillar e intimidar a ambos. Estos actos confirman 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. Como consecuencia de ello, *la Corte determina 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, en relación con los derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 del mismo instrumento, y con las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.*

## Notas

- 363 Cfr. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279, párr. 197.
- 364 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2013. Serie A N° 18, párr. 101, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, (...)*, párr. 197.
- 365 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 209, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282, párr. 262.
- 366 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr. 186, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 367 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua, (...)*, párr. 186, y *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, (...)*, párr. 199.
- 368 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, (...)*, párr. 53, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 369 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, (...)*, párr. 85, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 370 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, (...)*, párr. 53, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 371 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua, (...)*, párr. 186, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 372 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, (...)*, párr. 54, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 373 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, (...)*, párr. 209, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 398.
- 374 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 46, y *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile, (...)*, párr. 200.
- 375 Cfr. *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile, (...)*, párr. 200, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, (...)*, párr. 316.
- 376 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, (...)*, párrs. 103 y 104, y *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile, (...)*, párr. 201.
- 377 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, Artículo 1.

- 378 Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, 11° período de sesiones, 1992, UN Doc. HR/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), párrs. 1 y 6.
- 379 Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205, párr. 396, citando TEDH, *Opuz v. Turkey*, Sentencia de 9 de junio de 2009, párrs. 180, 191 y 200.
- 380 Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº 160, párr. 303, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. Mexico*, (...), párr. 397.
- 381 Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, (...), párrs. 223 y 224, y *Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. Salvador*, (...), párr. 165. Ver también, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, (...), párr. 16, y Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer de la ONU, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, "La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)", U.N. Doc. E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001.
- 382 Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, (...), párr. 224, y *Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. Salvador*, (...), párr. 165.
- 383 Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, (...), párr. 119, y *Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. Salvador*, (...), párr. 165.
- 384 Declaración de Julissa Mantilla rendida en la audiencia pública sobre el fondo celebrada en el presente caso.
- 385 Declaración rendida el 27 de marzo de 2014 ante fedatario público por Félix Reategui Carrillo (expediente de fondo, folios 921 y 926).

*Corte IDH*

*Caso González Lluy vs. Ecuador*

*Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del  
1 de septiembre de 2015*



[...]

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.*— El 18 de marzo de 2014, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la Corte el caso *TGGL y familia contra Ecuador* (en adelante “el Estado” o “Ecuador”). El caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía Gabriela Gonzales Lluy (en adelante “Talía”), “como consecuencia del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó [...] cuando tenía tres años de edad”. De acuerdo con la Comisión, el Estado no cumplió adecuadamente el deber de garantía, específicamente “su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud”. Asimismo, la Comisión concluyó que la falta de respuesta adecuada por parte del Estado, principalmente la omisión en la prestación de atención médica especializada, continuó afectando el ejercicio de los derechos de la presunta víctima; y consideró que la investigación y proceso penal interno no cumplieron con los estándares mínimos de debida diligencia para ofrecer un recurso efectivo a la presunta víctima y sus familiares, Teresa e Iván Lluy, incumpliendo además con el deber de especial protección frente a Talía Gonzales Lluy en su calidad de niña.

[...]

## X. DERECHO A LA EDUCACIÓN

[...]

233. En el presente caso existe debate sobre la posible violación del derecho a la educación teniendo en cuenta que Talía fue retirada de una escuela bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros. Para resolver la controversia entre las partes sobre estos puntos la Corte abordará las siguientes dos cuestiones: a) los alcances del derecho a la educación relevantes para el presente caso, y b) la violación del derecho a la permanencia en el sistema educativo, el derecho a no ser discriminado y la adaptabilidad en relación con el derecho a la educación.

[...]

## B. Derecho a la permanencia en el sistema educativo, el derecho a no ser discriminado y la adaptabilidad en relación con el derecho a la educación

242. Atendiendo a los hechos del presente caso con ocasión de establecer si existió una discriminación violatoria del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, se analizará inicialmente la medida de retirar a Talía de la escuela en la que se encontraba estudiando, en el marco de una justificación basada en el “interés del conglomerado estudiantil”. Posteriormente se analizarán algunos problemas de estigmatización en el acceso a la educación de Talía, ocurridos con posterioridad al retiro de la mencionada escuela.

243. Como punto previo, la Corte observa que los representantes alegaron la violación del artículo 24 de la Convención Americana en relación con todos los aspectos relacionados con la alegada discriminación en el presente caso. Al respecto, en lo que respecta a los artículos 1.1 y 24 de la Convención, la Corte ha indicado que “la diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana. [E]n otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24”<sup>277</sup>. Dado que en el presente caso no se configuraron hechos relativos a una protección desigual derivada de una ley interna o su aplicación, no corresponde analizar la presunta violación del derecho a la igual protección de la ley contenido en el artículo 24 de la Convención. Atendiendo esto, la Corte analizará únicamente la alegada violación al deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, con relación al derecho a la educación de Talía.

244. Para determinar si en el presente caso se configuró una violación al deber de respetar y garantizar derechos sin discriminación, la Corte analizará: a) si hay un vínculo o nexo causal o decisivo entre la situación de salud y la diferencia de trato adoptada por las autoridades estatales en el marco del sistema educativo, y b) la justificación que se alegó para la diferencia de trato, en orden a determinar si dicha justificación constituyó un trato discriminatorio que vulneró el derecho a la educación en el caso concreto.

### B.1. La diferencia de trato basada en la condición médica de Talía al ser retirada de la escuela

[...]

252. (...) [L]a Corte constata que la decisión adoptada a nivel interno tuvo como fundamento principal la situación médica de Talía asociada tanto a la púrpura trombocitopénica idiopática como al VIH; por lo cual este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en la condición de salud de Talía. Para determinar si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, a continuación se analizará la justificación que hizo el Estado para efectuarla, es decir, la alegada protección de la seguridad de los demás niños.

## B.2. La condición de ser persona con VIH como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

253. La Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”, sin embargo, a partir de diversas referencias en el *corpus iuris* en la materia, la Corte ha señalado que la discriminación se relaciona con:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>297</sup>.

254. Algunos de los principales tratados internacionales de derechos humanos se han interpretado de tal manera que incluyen el VIH como motivo por el cual está prohibida la discriminación. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluyendo “cualquier otra condición social”, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha confirmado que el “estado de salud (incluidos el VIH/SIDA)” es un motivo prohibido de discriminación<sup>298</sup>. El Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la misma conclusión en relación con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>299</sup> y también la antigua Comisión de Derechos Humanos señaló que la discriminación, actual o presunta, contra las personas con VIH/SIDA o con cualquier otra condición médica se encuentra tutelada al interior de otras condiciones sociales presentes en las cláusulas antidiscriminación<sup>300</sup>. Los Relatores Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud han adoptado esta postura<sup>301</sup>.

255. En el marco de este *corpus iuris* en la materia, la Corte considera 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 Americana. En esta protección contra la discriminación bajo “otra condición social” se encuentra asimismo

la condición de persona con VIH como aspecto potencialmente generador de discapacidad en aquellos casos donde, además de las afectaciones orgánicas emanadas del VIH, existan barreras económicas, sociales o de otra índole derivadas del VIH que afecten su desarrollo y participación en la sociedad (...).

256. 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. Como ejemplo del juicio estricto de igualdad se pueden señalar algunas decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos<sup>302</sup>, la Corte Constitucional de Colombia<sup>303</sup>, la Corte Suprema de Argentina<sup>304</sup> y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica<sup>305</sup>.

257. 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<sup>306</sup>. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio. Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, la Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad, el llamado juicio de proporcionalidad, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana<sup>307</sup>.

258. Es por lo anterior que, si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad, aun

si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública<sup>308</sup>.

259. Al respecto, en el caso *Kiyutin v. Rusia*, el Tribunal Europeo consideró como trato discriminatorio el hecho que no se hubiese hecho una adecuada fundamentación a la restricción del derecho a ser residente por el hecho que la víctima tuviese VIH. Además, el Tribunal observó que en ningún momento las autoridades tuvieron en cuenta el estado real de salud de la víctima y los vínculos familiares que pudiesen ligarle a Rusia. Así pues, estableció la condición de vulnerabilidad que enfrentan las personas con VIH/SIDA y los prejuicios de los que han sido víctimas a lo largo de las últimas tres décadas<sup>309</sup>. Este caso es significativo en tanto resalta que la adopción de medidas relativas a personas con VIH/SIDA debe tener como punto de partida su estado de salud real<sup>310</sup>.

### **B.3. Inversión de la carga de la prueba, idoneidad y estricta necesidad del medio a través del cual se hizo la diferenciación de trato**

260. Como se observa, el examen sobre si una niña o niño con VIH, por su condición hematológica, debe ser o no retirado de un plantel educativo, debe hacerse de manera estricta y rigurosa a fin de que dicha diferenciación no se considere una discriminación. Es responsabilidad del Estado determinar que efectivamente exista una causa razonable y objetiva para haber hecho la distinción. En ese orden de ideas, para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjo la decisión<sup>311</sup>.

261. La Corte nota que en el presente caso la restricción del derecho a la educación de Talía tuvo origen inicialmente en la decisión de las autoridades educativas de expulsarla de la escuela "Zoila Aurora Palacios", decisión que posteriormente fue avalada por la providencia del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca.

262. En el presente caso la Corte observa que Talía asistía normalmente a la escuela hasta el momento en que su profesora se enteró de su condición de niña con VIH. Las autoridades del colegio: su profesora, el director de la escuela y el Subsecretario de Educación, en lugar de darle una atención especializada dada su condición de vulnerabilidad, asumieron el caso como un riesgo para los otros niños y la suspendieron para luego expulsarla<sup>312</sup>. Al respecto, el interés superior de los niños y niñas, tanto de Talía como de sus compañeros de clase, exigía *adaptabilidad* del entorno educativo a su condición de niña con VIH. Tal como se ha mencionado (*supra* párr. 235) para el Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, “la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”<sup>313</sup>. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 1 sobre los Propósitos de la Educación, ha señalado que “los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños”<sup>314</sup>.

263. La Corte observa que las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía. En lo relativo al derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó la necesidad que los Estados tomen las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA<sup>315</sup>.

264. Igualmente, la Corte resalta que la protección de intereses imperiosos o importantes como la integridad personal de personas por supuestos riesgos por la situación de salud de otras personas, se debe hacer a partir de la evaluación específica y concreta de dicha situación de salud y los riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios que podrían generar. Ya ha sido mencionado (*supra* párr. 260) que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades, particularmente cuando reproducen el estigma en torno a las mismas<sup>316</sup>.

265. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés colectivo” y la “integridad y vida” de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, 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 condición médica<sup>317</sup>. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud<sup>318</sup>.

266. En el caso que ocupa la atención de la Corte, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas<sup>319</sup>. En el presente caso la medida

adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH.

267. La restricción al derecho a la educación se establece en virtud de tres razones en la providencia del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca: 1) el diagnóstico de VIH Talía, 2) las hemorragias de Talía como posible fuente de contagio, y 3) el conflicto de intereses entre la vida e integridad de los compañeros de Talía y el derecho a la educación de Talía.

268. Al respecto, la Corte resalta que el objetivo general de proteger la vida e integridad personal de las niñas y los niños que compartían su estancia con Talía en la escuela constituye, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, 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>320</sup>. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”<sup>321</sup>.

269. El tribunal interno fundamentó la decisión en un supuesto conflicto entre bienes jurídicos, a saber, el derecho a la vida de los estudiantes y el derecho a la educación de Talía, tomando como referencia las supuestas hemorragias que tenía Talía. Empero, la determinación del riesgo y por ende la identificación del bien jurídico de vida e integridad de los estudiantes como aquel que debía primar, fue una identificación errónea a partir de presunciones sobre los alcances que podría tener la enfermedad hematológica padecida por Talía, sus síntomas, y su potencial para contagiar a los demás niños y niñas con el virus del VIH.

270. La Corte considera que la valoración de la prueba en relación al presente caso, para efectos de establecer la inminencia del supuesto riesgo, no tuvo en cuenta los aspectos médicos aportados y privilegió, a partir de prejuicios sobre la enfermedad, los testimonios genéricos referidos a las hemorragias. En efecto, la Corte observa que constaba un informe médico que aseguraba que Talía se encontraba en buenas condiciones hematológicas<sup>322</sup>. Asimismo, la institución tuvo conocimiento del diagnóstico de la púrpura trombocitopénica idiopática mediante una entrevista con Teresa Lluy<sup>323</sup>, momento en el cual se precisó que Talía padecía VIH aunque para ese momento fuese una paciente asintomática<sup>324</sup>.

271. En esa línea, en la decisión del juez interno no se evidencia un juicio estricto sobre la necesidad de la medida, en orden a determinar si no existían otras medidas diferentes a las del retiro del centro educativo y el confinamiento a “una instrucción particularizada y a distancia”. La argumentación respecto a las pruebas aportadas está guiada en torno a prejuicios sobre el peligro que puede implicar el VIH o la púrpura trombocitopénica idiopática, que no constaban claramente en ninguna de las pruebas aportadas al proceso y que el Tribunal tomó como ciertas al establecer que las afirmaciones sobre estas “no fue[ron] impugnada[s] ni redargüida[s] de falsa[s]”<sup>325</sup>. Esta consideración no tenía en cuenta el bajo e ínfimo porcentaje de riesgo de contagio al que aludían tanto las experticias médicas como la profesora que rindió su testimonio en el proceso.

272. Atendiendo a que el criterio utilizado para determinar si Talía constituía un riesgo a la salud de los otros estudiantes de la escuela era su situación de salud, se evidencia que el juez debía tener una carga argumentativa mayor, relativa a la determinación de razones objetivas y razonables que pudiesen generar una restricción al derecho a la educación de Talía. Dichas razones, amparadas en el sustento probatorio obtenido, debían fundamentarse en criterios médicos atendiendo a lo especializado del análisis para establecer el peligro o riesgo supuesto que se cernía sobre los estudiantes de la escuela.

273. La carga que tuvo que asumir Talía como consecuencia del estigma y los estereotipos en torno al VIH la acompañó en diversos momentos. Según las declaraciones de la familia Lluy y de Talía, no controvertidas por el Estado, tenían que ocultar el VIH y la expulsión de la escuela para poder ser aceptados en otras instituciones. Talía estuvo matriculada en el jardín infantil “El Cebollar”, la escuela “Brumel”, la escuela “12 de Abril” y “Ángel Polibio Chávez”. Según la declaración de Teresa Lluy, “cada vez que se enteraban quienes [e]ra[n], en algunos establecimientos educativos fue relegada [su] hija [...] alegando que no podían tener una niña con VIH, pues era un riesgo para todos los otros estudiantes. Tanto los profesores como los padres de familia, [l]os discriminaban, [l]os aislaban, [l]os insultaban”<sup>326</sup>.

274. La Corte concluye que el riesgo real y significativo de contagio que pudiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, este Tribunal resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad

interna debía existir suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones. En el presente caso la decisión utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.

#### B.4. Barreras actitudinales asociadas al estigma que sufrieron Talía y su familia con posterioridad a la expulsión de la escuela

275. De acuerdo con Naciones Unidas la discriminación derivada de ser una persona con VIH no sólo es injusta en sí, sino que crea y mantiene condiciones que conducen a la vulnerabilidad social a la infección por el VIH, en especial a la falta de acceso a un entorno favorable que promueva el cambio de comportamiento de la sociedad y le permita a las personas hacer frente al VIH<sup>327</sup>. En este punto, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la OACNUDH y UNUSIDA aluden a la promoción de entornos que apoyen y habiliten a las personas con VIH<sup>328</sup>.

276. En el presente caso los problemas de adaptabilidad en el entorno se reflejaron, entre otros aspectos, en los problemas enfrentados por Talía después de haber sido expulsada de la escuela “Zoila Aurora Palacios”. La familia Lluy tuvo que buscar escuelas lejanas para evitar el trato que se estaba dando en perjuicio de Talía, quien declaró acerca de la época de su expulsión que:

“[ella] tenía muchas amigas, pero después de [su] enfermedad, sus papás no les dejaban jugar con [ella]. [La] veían feo, ya no [la] querían saludar ni mirar. Se alejaban, como si [l]e tuvieran miedo. [S]e s[inti]ó muy sola, no entendía por qué”.

277. La búsqueda de escuelas para que Talía completase su educación fue complicada, debido a que en las distintas escuelas “se comentaban de una institución a otra” lo relativo a la condición médica de la niña. Teresa Lluy señaló que cuando llegaban a una nueva escuela para inscribir a Talía “ya sabían de [ellos y] no [les] dejaban ni llegar a la puerta [donde les i]ndicaban que no había cupos y que [s]e [fueran]”<sup>329</sup>.

278. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el objetivo principal de la educación es “el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad[; así como] velar por que se asegure a cada niño la preparación

fundamental para la vida activa”<sup>330</sup>. Del mismo modo, la Corte destaca la importancia que tiene la educación en el objetivo de reducir la vulnerabilidad de los niños con VIH/SIDA, a través de la facilitación de información pertinente y apropiada que contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión del VIH/SIDA, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto a las personas con VIH/SIDA y a eliminar las prácticas discriminatorias. En el caso de las niñas y los niños con VIH/SIDA, es necesario que los Estados tomen medidas para que éstos tengan acceso a la educación sin limitaciones<sup>331</sup>. En este sentido, la Corte recuerda lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, que ha señalado que “[l]a discriminación contra niños [...] afectados por el VIH/SIDA priva a esos niños de la ayuda y el apoyo que más necesitan”<sup>332</sup>.

279. En este caso, la Corte nota que después del juicio de amparo constitucional, Teresa Lluy acudió al programa “Radio Splendid” denunciando la situación acaecida con su hija y la institución “Zoila Aurora Palacios” y el hecho que Talía no tenía un lugar donde estudiar. Clara Vinueza, directora del jardín de infantes “El Cebollar” escuchó dicho programa, por lo que se comunicó con Teresa Lluy y le indicó que estaba dispuesta a recibir a Talía en su centro educativo”<sup>333</sup>. Al respecto, la señora Vinueza, quien como directora de un jardín infantil contribuyó a que Talía pudiera permanecer en el sistema educativo, manifestó que:

“[S]e dirigía a[l jardín infantil] en bus de transporte público. En la radio del bus estaban dando a conocer las noticias de la mañana. El periodista anunció un caso muy especial: la presencia de una madre que lloraba [...] porque en cierto establecimiento educativo que asistía su niña, de apenas 5 añitos de edad, cuando fue a retirarla, la encontró fuera del establecimiento. La niña tenía una enfermedad contagiosa. [La señora Clara Vinueza] marcó el teléfono de la radio, indicando que estaba dispuesta a recibir a la niña en [su] centro educativo [...]. Durante el período lectivo [Talía] no tuvo problemas de salud[, sin embargo] visitaron [el] establecimiento autoridades del Ministerio de Educación en varias ocasiones con el propósito de conocer si la niña que tenía VIH/SIDA se encontraba estudiando con [ello]s. [C]on mucha naturalidad y evasivas, cambiaba de tema [y las autoridades] nunca se enteraron que estuvo estudiando con [ello]s. [Ella] cre[e] que [l]e hubieran prohibido dejarle seguir estudiando en el centro educativo porque decían [que] “esa niña p[odía] contagia[r] a otros niños de VIH/SIDA, y se notaba la posición negativa de que la niña asist[iera] a cualquier centro educativo. [Su] hija y [ella] [...] fu[eron] amenazadas por las autoridades de educación que [las] visitaron algunas veces pidiendo información sobre [Talía,] ya que [les] decían que si la niña estuviese allí, eso sería una grave falta y [...] la sanción [sería la] destitución de [su] cargo y el finiquito del contrato de [su] hija que era maestra en la institución. Talía nunca pudo participar en un programa social,

debido a que no asistía ya que las autoridades le buscaban constantemente para saber quién e[ra] y en dónde estaba la niña, pero no para brindarle ayuda sino más bien lo contrario[,] parecía una cacería inhumana”<sup>334</sup>.

280. Durante el período lectivo Talía no tuvo dificultad para integrarse a su nuevo ambiente y no tuvo problemas de salud<sup>335</sup>. Por otro lado, el Estado no ha controvertido el señalamiento en el sentido de que autoridades del Ministerio de Educación indagaron respecto a si Talía se encontraba estudiando en “El Cebollar”, por el supuesto riesgo que generaría para otros niños. Adicionalmente, en dicho jardín infantil también recibieron visitas de la Cruz Roja del Azuay en presencia de un padre de familia quien conoció de la existencia de una niña con VIH en “El Cebollar”, motivo por el cual retiraron a algunos niños y niñas del establecimiento<sup>336</sup>. La Corte observa que uno de los efectos del estigma lo constituyó la necesidad que tuvieron tanto la familia Lluy como las profesoras de una de las instituciones educativas que recibió a Talía, de negar su situación de persona con VIH para no ser objeto de un trato arbitrario.

281. Debido a que la institución “El Cebollar” solo era jardín de infantes, después de dos períodos lectivos Teresa Lluy debió conseguir otra escuela para Talía. La señora Vinuesa manifestó que ayudó en dicha tarea comentándole la situación a una amiga de confianza, también maestra, quien no tuvo problema en recibir a Talía. Sin embargo, la señora Vinuesa sostuvo que “[c]on el paso del tiempo las autoridades de educación se enteraron que [Talía] estudió en [el] centro educativo [“El Cebollar”] y en varias ocasiones [l]e llamaron de la Subsecretaría de Educación solicitando información sobre la niña”<sup>337</sup>.

282. Dada la precaria situación económica de la familia de Talía y el estigma asociado a su enfermedad, la educación de ésta no fue estable en un sola institución educativa. En una declaración jurada escrita, no controvertida por el Estado, Talía manifestó que:

“[su m]am[á la] llevó a muchas escuelas que eran muy lejos de [su] casa [...] tenía[n] que ir en bus alrededor de una hora para llegar a la escuela, por lo que [l]e tocaba madrugar mucho todos los días, los buses iban llenos, el viaje era largo, incómodo”<sup>338</sup>.

283. Por otro lado, Iván Lluy manifestó que en su colegio también enfrentó situaciones, relacionadas con el VIH de Talía, que lo hicieron deprimirse. Al respecto, declaró que “[sus] profesores de frente [l]e decían: “¿su hermana es la del problema con la Cruz Roja?”<sup>339</sup>.

284. Como se observa, en diversos escenarios del ámbito educativo tanto Talía como su familia fueron objeto de un entorno hostil a la enfermedad. Al respecto, teniendo en

cuenta que bajo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discapacidad es una manifestación de la inagotable diversidad humana, era obligación de las instituciones educativas proporcionar un entorno educativo que aceptara y celebrara esa diversidad. La Corte considera que la necesidad que tuvo Talía Gonzales Lluy, su familia y algunas de sus profesoras de ocultar el hecho de que Talía vivía con VIH o esconderse para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó un desconocimiento al valor de la diversidad humana. El sistema educativo estaba llamado a contribuir a que Talía y su familia pudieran hablar del VIH sin necesidad de ocultarlo, procurando que ella mantuviera la mayor autoestima posible gracias a su entorno y en gran medida a partir de una educación de los demás estudiantes y profesores a la luz de lo que implica la riqueza de la diversidad y la necesidad de salvaguardar el principio de no discriminación en todo ámbito.

#### **B.5. Alcance de la discriminación ocurrida en el presente caso**

285. La Corte constata que la discriminación contra Talía ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió.

286. El Comité CEDAW, en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, indicó lo siguiente sobre las niñas y adolescentes:

En particular, los Estados partes están obligados a promover la igualdad de los derechos de las niñas, dado que están comprendidas en la comunidad más amplia de las mujeres y son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, así como a la trata de personas, el maltrato, la explotación y la violencia. Todas estas situaciones de discriminación se agravan cuando las víctimas son adolescentes. Por lo tanto, los Estados deberán prestar atención a las necesidades específicas de las niñas (adolescentes) ofreciéndoles educación sobre salud sexual y reproductiva y llevando a cabo programas para prevenir el VIH/SIDA, la explotación sexual y el embarazo precoz<sup>340</sup>.

287. Acerca de la situación de los familiares de niñas y niños con VIH, la Observación General N° 3 del Comité de los Derechos Niño respecto del VIH/SIDA y los derechos del niño estableció que "la discriminación es la causante del aumento de la vulnerabilidad de los niños al VIH y el SIDA, así como de los graves efectos que tiene la epidemia en la vida de los niños afectados. La discriminación hace que se deniegue a los niños el acceso a la

información, la educación [...], los servicios de salud y atención social o a la vida social". La Observación General también señala que, en "su forma más extrema, la discriminación contra los niños y las niñas infectadas por el VIH se manifiesta en su abandono por la familia, la comunidad y la sociedad. La discriminación también agrava la epidemia al acentuar la vulnerabilidad de los niños, en particular los que pertenecen a determinados grupos, los que viven en zonas apartadas o rurales, donde el acceso a los servicios es menor. Por ello, esos niños son víctimas por partida doble"<sup>341</sup>.

288. La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos<sup>342</sup>. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que "la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres"<sup>343</sup>. En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos)<sup>344</sup>.

289. En el presente caso, a través de declaraciones no controvertidas por el Estado, se ilustró sobre el impacto que tuvo la situación de pobreza de la familia Lluy en la forma de abordar el VIH de Talía (*supra* párr. 215). También ha sido explicada la discriminación en el ámbito educativo asociada a la forma como, en forma prejuiciosa y estigmatizante, se consideró a Talía Gonzales Lluy como un riesgo para sus compañeros de colegio, no solo en la época en la que fue expulsada de la escuela "Zoila Aurora Palacios" sino en otros momentos en los que intentó acceder al sistema educativo. Asimismo, en el aspecto laboral, la Corte nota que Teresa Lluy fue despedida de su empleo por el estigma que le representaba tener una hija con VIH; y posteriormente en otros trabajos que intentó realizar también fue despedida debido a la condición de Talía de persona con VIH (...).

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, 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<sup>345</sup>. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

291. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

## Notas

- 277 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 209, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C Nº 293, párrs. 216 a 218.
- 297 Ver *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 81, que cita la definición del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6. Dicho Comité elaboró tal definición, en el ámbito universal, tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ha desarrollado la siguiente definición: El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales [...].

- 298 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" de 11 de agosto de 2000. UN Doc E/C.12/2000/4, párr. 18.
- 299 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, "Observación General N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño" de 17 de marzo de 2003. UN Doc CRC/GC/2003/3, párr. 9.
- 300 Al respecto la antigua Comisión señaló que: "discrimination on the basis of AIDS or HIV status, actual or presumed, is prohibited by existing international human rights standards, and that the term "or other status" in non-discrimination provisions in international human rights texts can be interpreted to cover health status, including HIV/AIDS" *Cfr. The Protection of Human Rights in the Context of Human Immunodeficiency Virus (HIV) and Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS)*, United Nations Commission on Human Rights, Resolution 1995/44, 3 March 1995, párr. 1.
- 301 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", 2003 UN Doc E/CN.4/2003/58 15, párrs. 64 a 75; Asamblea General de las Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". (2010) UN Doc A/65/255, párr. 8.
- 302 "[...] Classifications based on race or national origin [...] and classifications affecting fundamental rights, [...] are given the most exacting scrutiny. Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy. [...] To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective". *Cfr. Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944) y *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964).
- 303 En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) 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 (iii) 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. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada". El test integrado fue

- aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013.
- 304 “Presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Caso Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 16 de noviembre de 2004, párr. 6.
- 305 La Sala Constitucional ha enfatizado que cuando se imponen las restricciones innecesarias e irrazonables en el lugar de empleo a personas con SIDA constituye una discriminación. Se exige una justificación fuerte, razonable y proporcionada de toda distinción de trato o de toda singularidad normativa. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 01874 de 29 de enero de 2010.
- 306 Cfr. *Mutatis mutandi*, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 124 y Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 228.
- 307 Este principio exige que una medida tenga un fin o propósito legítimo, y que sea un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar el propósito. Para ello, la Corte: i) verificará si la diferenciación de trato se fundamentó en una finalidad legítima de acuerdo con la Convención; ii) examinará si la diferenciación fue adecuada o idónea para lograr la finalidad perseguida, es decir si existió una relación lógica de medio a fin entre el objetivo y el medio. (Cfr. *Caso Kimmel Vs. Argentina*, párr. 70); iii) evaluará la necesidad de tal medida, esto requiere examinar si hay alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas (Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 93; *Caso Kimmel Vs. Argentina*, párr. 74; *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, párr. 196; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C N° 207, párr. 72), y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, es decir, si la diferenciación de trato garantizó en forma amplia el fin legítimo perseguido, sin hacer nugatorio el derecho a la igualdad y el derecho a la educación. Para efectuar esta ponderación se debe analizar tres elementos: el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario; y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro (*Caso Kimmel Vs. Argentina*, párr. 84; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, párr. 80; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párrs. 273 y 274, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 144).
- 308 Cfr. *TEDH. Caso Kiyutin v. Rusia* (Demanda N° 2700/10), 15 de Septiembre de 2011. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, al analizar la violación del derecho a la igualdad de un estudiante con VIH a quien se le prohibió la realización de sus prácticas estudiantiles como auxiliar de enfermería en un hospital por alegado riesgo de contagio, señaló que era necesario un juicio estricto de igualdad habida cuenta de que el trato diferenciado se fundamentó (i) en un criterio sospechoso de discriminación (estado de salud

del accionante por ser portador del VIH); y (ii) porque con la medida se podrían estar restringiendo ilegítimamente derechos fundamentales como la educación o el derecho a la libertad de elección de profesión u oficio, entre otros de una persona que por su condición de salud se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. La Corte Constitucional señaló que “[l]a mera condición de portador del VIH no puede ser argumento para descomponer de un tajo la profesión o la carrera de una persona a pesar de ser portadora del VIH, ya que dicha condición no constituye razón suficiente para plantear alternativas de reubicación profesional [...] Los factores determinantes del riesgo para la salud de un profesional de salud infectado con el VIH, están relacionados con su estado inmunológico, el tipo de ambiente ocupacional al que se exponga y al correcto uso de las barreras de protección ya que la práctica cuidadosa de los procedimientos de control de infecciones, protegen a los pacientes y a los proveedores de atención en salud, contra las enfermedades infecto-contagiosas. Por ello, en principio las medidas restrictivas que se adopten contra este grupo históricamente discriminado, no pueden significar el confinamiento del ejercicio de su profesión, por su mera condición, así que en cada caso concreto deberán analizarse las particularidades del mismo y observar si la medida restrictiva o el trato diferencial se adapta o no a la Constitución”. Ver Sentencia T-948 de 2008. Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que el despido de las fuerzas armadas por seropositividad para el VIH era ilegal porque violaba el principio constitucional de discriminación por razón de salud. Suprema Corte de Justicia de México en pleno 131/2007. Amparo en revisión 307/2007.

309 *TEDH. Caso Kiyutin v. Rusia* (Demanda N° 2700/10), 15 de Septiembre de 2011.

310 En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia analizó la discriminación contra una persona con VIH privada de libertad, quien por ser víctima de constantes agresiones en razón de su condición, fue trasladado a un centro carcelario ubicado en otra ciudad en la cual además residía su familia. Sin embargo, mediante resolución se le volvió a trasladar a la cárcel anterior donde había sido víctima de diversas agresiones. Las instituciones carcelarias para justificar el traslado alegaron que dicha persona amenazaba con inyectar su sangre a otras personas privadas de libertad. La Corte Constitucional aseveró que la condición médica y en particular el tener VIH/SIDA es una categoría protegida y criterio sospechoso de diferenciación. Al efectuar un juicio estricto de igualdad se señaló que: “si bien la seguridad de la población carcelaria y principalmente la importancia de evitar que una persona les inyecte sangre con el virus del VIH podría considerarse un fin legítimo e incluso imperioso, y el traslado de la cárcel de Barranquilla a Sincelejo parece adecuado para conseguirlo, no considera la Sala que se trate de una medida *necesaria*, pues las directivas de la institución deben estar en capacidad de controlar el acceso de jeringas y otros elementos de riesgo, especialmente en caso de tener identificada una amenaza de tales características; poseen, además, la obligación de controlar los actos de violencia entre las personas privadas de la libertad, y el deber de otorgar una atención psicológica y social adecuada, suponiendo que una persona desplegara una amenaza de esa entidad. De igual forma, la medida es evidentemente desproporcionada pues la afectación de los derechos del actor, una persona de especial protección constitucional es particularmente intensa, mientras que no se encuentra fácticamente demostrada la supuesta amenaza a la seguridad pública de la penitenciaría, en tanto el Director de El Bosque se limita a señalar que “al parecer” dos internos con VIH pretenden atacar a toda la población carcelaria. Y es en este punto donde se demuestra con toda claridad la existencia de una conducta discriminatoria dirigida en contra del peticionario por parte del Di-

- rector de la cárcel El Bosque, pues la Sala encuentra que sin sustento fáctico alguno, este funcionario atribuye a *Rubén* una conducta particularmente censurable, aspecto en el que este caso difiere de otros en los que se ha aplicado una presunción de discriminación, lo que indica el uso de una regla de apreciación de las pruebas destinada a llenar los vacíos probatorios derivados de la dificultad de demostrar un acto de discriminación". Sentencia T-376 de 2013.
- 311 Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Nº 279, párr.226 y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 95.
- 312 Por el contrario, altas cortes como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica han señalado que el interés superior del niño prevalece en determinados casos sobre otros derechos legítimos, así como respecto al deber estatal de garantizar el derecho a la educación y a adoptar medidas para eliminar la discriminación en materia de educación. Ello fue señalado en el caso de un niño con síndrome de Asperger que se encontraba bajo tutela del Patronato Nacional de la Infancia y que no estaba siendo llevado a la escuela porque el Patronato alegó que no tenía los medios para darle acceso al derecho a la educación. La Sala Constitucional de la Corte Suprema determinó que, en atención al principio del interés superior del niño, "el derecho del menor, dependiendo del caso concreto, prevalece frente a otros derechos, aunque estos sean legítimos". Además, señaló que, en materia de educación, las adecuaciones curriculares también implican adecuaciones de acceso, para garantizar el derecho a la educación en condiciones de igualdad. La Sala consideró que "cuando un menor necesita adecuaciones especiales para su aprendizaje, el derecho a la educación no se garantiza con el mero ingreso a una institución educativa, sino que debe brindársele de acuerdo con sus necesidades. De no ser así, el menor estudiaría en condiciones discriminatorias". Asimismo, resaltó que el Estado debe adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación y proveer a las personas con discapacidad los servicios de apoyo y ayudas técnicas requeridas para garantizar el ejercicio de sus derechos y deberes. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución Nº 2014-012897 de 2014. Disponible en: [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1=Ficha\\_Sentencia&nValor1=1&nValor2=631082&strTipM=T&strDirSel=directo](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=631082&strTipM=T&strDirSel=directo)
- 313 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13, *El derecho a la educación* (artículo 13 del Pacto) U.N. Doc. E/C.12/1999/10, párr. 6.
- 314 Comité de Derechos del Niño. Observación General 1, Propósitos de la educación. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, párr. 9.
- 315 La antigua Comisión estableció: "Pide además a los Estados que adopten todas las medidas necesarias, incluidos programas apropiados de educación, formación y de medios de difusión para combatir la discriminación, los prejuicios y la estigmatización, y para garantizar el pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por las personas infectadas y afectadas por el VIH/SIDA". Cfr. Organización de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. *Protección de los derechos humanos de las personas infectada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*. U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/49 27 de abril de 1999, párr. 7.

316 Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tuvo que analizar el ya mencionado caso donde se discutía si se vulneraba el derecho a la igualdad de un estudiante por la decisión de un hospital de impedir en sus instalaciones las prácticas profesionales que debía cumplir como requisito para optar por el título de auxiliar de enfermería, con el argumento de ser portador del (VIH/SIDA), dado que ello representaba un riesgo tanto para los pacientes como para él, debido a la naturaleza de las actividades que se desarrollan en este tipo de prácticas médicas. Dicha Corte señaló que, al momento de ponderar temas del riesgo de las personas y la situación de una persona que portadora del VIH:

“Retomando la aplicación del test al presente caso y ponderando lo plasmado en los conceptos transcritos, la decisión asumida por el gerente de la entidad accionada, consistente en impedir el desarrollo de las prácticas profesionales en las instalaciones de la Clínica, argumentando la protección del señor X-503 por ser portador del VIH y la de los pacientes que pudiesen tener contacto con él, la Sala concluye que la medida no resulta necesaria, ya que un estudiante auxiliar de enfermería está expuesto a los mismos riesgos que genera un entorno hospitalario en el cual se desarrollan actividades propias de esta profesión, lo cual, en el caso específico de X-503, no se aumenta por tratarse de una práctica de gineco-obstetricia o en el futuro el ejercicio de su profesión como auxiliar de enfermería.

De otra parte, la condición de portador de VIH seropositivo del señor X-503, conforme a los conceptos y argumentos de las entidades accionadas, no representa ningún riesgo adicional para los pacientes de cualquier servicio en general y del servicio de gineco-obstetricia en específico que tuviese contacto con el accionante, ya que así lo indican expertos en la materia, concluyendo que la transmisión por parte de los profesionales de la salud es improbable.

En síntesis, la medida no es necesaria porque existe una alternativa a la decisión de impedir absolutamente el desarrollo de las prácticas, es decir, la entidad como institución prestadora de servicios de salud está en la obligación de proveer medidas generales de bioseguridad y garantizar la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal a través del programa de salud ocupacional. De la misma forma existen protocolos de prevención del riesgo biológico que al ser conocidos y aplicados, reducen de manera ostensible los riesgos de contagio de parte y parte”. Sentencia T-948 de 2008.

317 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 110. En similar perspectiva, otro caso relevante es el contenido en la Sentencia T-816 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, en el que una persona pretendía ingresar al nivel ejecutivo de la Policía Nacional de Colombia, habiendo aprobado los distintos exámenes requeridos para el ingreso a la institución. En este caso la policía consideró no apto al accionante en la medida que se trataba de una persona “infectada” con el VIH. Consecuente con el precedente de la materia y protegiendo el derecho a la igualdad, la Corte manifestó: “Es de resaltar que si bien la decisión de declarar no apto al portador del virus de VIH se fundamenta en fines legítimos, no los cumple, pues es claro para esta Sala que la condición del señor, aunada al desarrollo de las actividades académicas de la Escuela Nacional de Policía e incluso a las que son propias de la Policía Nacional, no constituye ninguna amenaza para su vida, para la de sus compañeros y, mucho menos, son contrarias a la prevalencia del interés general. Por ende, la actuación de la entidad demandada en el proceso de admisión y selección que siguió el actor, como aspirante a ser integrante del curso de nivel ejecutivo de la institución, no se compecede de los mandatos constitucionales [...]”[Existe]

una clara discriminación en contra del actor, cuando le considera “no apto”, tan solo por su condición de portador sano del virus. “[M]ás allá de toda duda, como lo señalan las pruebas obrantes en el expediente, el actor ha sido víctima directa de una discriminación que, consecuentemente, ha vulnerado sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y con ello, a escoger libremente profesión u oficio. Lo que amenaza inevitablemente su plan de vida”. Sentencia T-816 2005.

- 318 Respecto a este punto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tuvo que analizar la situación de un niño con asperger que cursa el sexto grado en la escuela. El niño protagonizó un cuadro de descontrol y se alteró, ofendió y pateó a su profesor. Por ello, el profesor se negó a aceptar al niño en sus clases, por lo que dejó de recibir lecciones de forma regular. La Sala Constitucional ordenó a la Directora del Centro Educativo adoptar de manera inmediata las medidas que sean necesarias, dentro del ámbito de su competencia, para que al menor amparado le sea impartida la materia correspondiente a las lecciones de Ciencias, Matemática y Agricultura que perdió debido a la situación alegada, así como aplicar las recomendaciones que brinde la Asesora Nacional de Educación Especial para adecuar el proceso educativo al amparado, de acuerdo con su situación particular. La Corte resalta que este caso es ilustrativo en tanto que el resultado de la ponderación de derechos realizada exigió tutelar el derecho del niño a la educación y ordenó la adopción de los ajustes necesarios para que el menor pudiese continuar recibiendo sus clases, aun cuando el mismo presentaba cuadros de descontrol que podían afectar a terceras personas. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N°15334-08. En otro caso de un niño con síndrome de Asperger, la misma Sala Constitucional tuvo que analizar que al niño le fue negada su matrícula en un Colegio, aduciendo que no estaban preparados para aceptarlo en la institución, a pesar de que por la cercanía del lugar resultaba en su mayor interés que asistiera a ese colegio. La Sala Constitucional ordenó al Ministro de Educación Pública que proveyera lo necesario para que, en el plazo de cinco días, personal calificado del Ministerio analizara el caso del amparado –con la participación de su madre, la psicóloga y el neurólogo que lo atienden- y determinara su mejor ubicación posible, en consideración de sus circunstancias personales, así como de las particularidades de las instituciones educativas de la zona. Asimismo, ordenó que se les brindase el apoyo necesario, en caso de que tal decisión implique un cambio de centro educativo. Como se observa, este caso es ilustrativo de la forma como la Sala ordenó, en tutela del derecho a la educación del menor, que el Ministerio de Educación Pública atendiera y determinara cuál era el mejor centro para atender las necesidades del niño. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N°7784-05.
- 319 Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 111 y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, párr. 401.
- 320 Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N° 21, párr. 66 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 56. En sentido similar, véase: Preámbulo de la Convención Americana.
- 321 *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 164 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva, párr. 60. En

sentido similar, véase: Preámbulo de la Convención Americana.

- 322 Cfr. Oficio de NV de 7 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1139).
- 323 Audiencia Pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).
- 324 Cfr. Oficio de JOM de 21 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1138).
- 325 Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1148).
- 326 Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1082).
- 327 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, 1996 y 2006, párr. 107. Disponible en: [http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines\\_es.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf). ONUSIDA ha señalado además, que “[e]l estigma está ligado al poder y el dominio en todos los niveles de la sociedad en su conjunto[;] crea desigualdad social, y se ve reforzado por ella [...] el estigma relacionado con el VIH/SIDA conduce a menudo a la discriminación en razón del VIH/SIDA. Ello, a su vez, lleva a la violación de los derechos humanos de las personas con el VIH/SIDA [y] de sus familias”. Sobre el estigma social provocado por el VIH, ONUSIDA ha señalado que es una característica que “desprestigia considerablemente” a un individuo ante los ojos de otros. También tiene consecuencias importantes sobre el modo en que los individuos se perciben a sí mismos. Gran parte del estigma relacionado con el VIH y el SIDA se construye sobre concepciones negativas anteriores y las refuerza. A menudo, la familia y la comunidad perpetúan el estigma y la discriminación, en parte por miedo, en parte por ignorancia y en parte porque resulta cómodo culpar a quienes se han visto afectados primero. Muchas veces, el estigma relacionado con el VIH utiliza y refuerza las desigualdades sociales existentes. Entre ellas cabe mencionar, las desigualdades de género, la desigualdades que niegan los derechos de los y las trabajadores(as) sexuales, las desigualdades basadas en el origen étnico y las desigualdades asociadas con la sexualidad en general y con la homosexualidad y transexualidad en particular. ONUSIDA, “Comunicar en VIH y SIDA. Manual de capacitación en VIH y SIDA para comunicadores sociales”, 2006. Disponible en línea en: [http://www.unicef.org/venezuela/spanish/Comunicar\\_sobre\\_VIH\\_Sida.pdf](http://www.unicef.org/venezuela/spanish/Comunicar_sobre_VIH_Sida.pdf) p. 32.
- 328 Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas. En colaboración con la comunidad y por conducto de ella, los Estados deberían fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, los niños u otros grupos vulnerables, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad mediante el diálogo con la comunidad y en particular mediante servicios sociales y de salud especiales y apoyando a los grupos de la comunidad. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*. Versión consolidada de 2006. Disponible en: [http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines\\_es.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf)

- 329 Declaración juramentada de Teresa Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 1082 y 1083).
- 330 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1, Propósitos de la Educación, 2001, párr. 9.
- 331 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, párr. 18.
- 332 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006, párr. 11.
- 333 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folio 3595). La declaración de la señora Vinueza no fue controvertida por el Estado.
- 334 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3596).
- 335 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3596).
- 336 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3597).
- 337 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3598).
- 338 Declaración juramentada de Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folio 1097).
- 339 Declaración juramentada de Iván Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folio 1112).
- 340 Comité CEDAW, Recomendación General N° 28, 2010, párr. 21. Asimismo, según el Comité CEDAW, “los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas”. Comité CEDAW, Recomendación General N° 28, 2010, párr. 18. En el mismo sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), establece en su artículo 9 lo siguiente: Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.
- 341 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, párr. 7.
- 342 Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de B.S. Vs. España, reconoció la situación de extrema vulnerabilidad de B.S., quien sufrió discriminación por género, raza, origen nacional, estatus de extranjera y su trabajo como trabajadora sexual. En el texto original, el Tribunal Europeo indicó: “In the light of the evidence submitted in the present case, the Court considers that the decisions made by the domestic courts failed to take account of the applicant’s particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso B.S. v. España*, N° 47159/08, Sentencia de 24 de julio de 2012, párr. 62. En el mismo sentido, consultar: CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, de 20 de enero de 2007, párrs. 195 a 197; CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, de 18 de

octubre de 2006, párrs. 102 a 106, y CIDH, *Informe sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití*, de 10 de marzo de 2009, párr. 90.

- 343 Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2 de mayo de 2011. párr. 67.
- 344 En relación con las diferencias biológicas, estos roles y expectativas están generadas y afirmadas por factores sociales, culturales, económicos y políticos. En ese sentido, una perspectiva de género y sexualidad explica la fuerza motriz que existe detrás de las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres dentro de un contexto específico. A su vez, esta fuerza también afecta a la vulnerabilidad y al riesgo del individuo, así como a su acceso a los servicios y a su capacidad para practicar sus derechos humanos y por lo mismo, el género y la sexualidad es un enfoque completo que engloba todos los problemas que afectan al VIH. International HIV/AIDS Alliance, *Enfoques de género y sexualidad: respondiendo al VIH, 2010*, p. 16. Disponible en: [http://www.aidsalliance.org/assets/000/000/897/90576-Enfoques-de-genero-y-sexualidad\\_original.pdf?1407754252](http://www.aidsalliance.org/assets/000/000/897/90576-Enfoques-de-genero-y-sexualidad_original.pdf?1407754252).
- 345 Al respecto, Talía ha declarado: ¿Cómo tener un amigo, un enamorado, qué le iba a decir, cómo contarle de mis sentimientos, darle un beso? Tenía y tengo mucho miedo, ¿cómo le cuento a un enamorado que tengo VIH, que no fue mi culpa, que no me huya, que no tenga miedo, que soy una persona con sentimientos y que como cualquier otra puedo amar y quiero ser amada? [...] anhelo [ ] tener lo que necesito para poder hacer en mi vida lo que quiero, irme donde yo quiera, viajar [ ] estudiar lo que me gusta, que en medio de mi soledad, como niña, adolescente, mujer joven, si no puedo disfrutar de una buena amistad, un esposo, unos hijos, por lo menos mi vida sola sea lo mejor posible . Declaración ante fedatario público de Talía Gonzales Lluay de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folios 1101, 1103 y 1104).

*Corte Europea de DDHH*

*Gaygusuz vs. Austria*

*Demanda N° 17371/90*

*Sentencia del  
16 de setiembre de 1996*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

9. Cevat Gaygusuz, ciudadano turco nacido en 1950, residió en Hörsching (Alta Austria) desde 1973 hasta septiembre de 1987. Desde entonces, reside en Izmir (Turquía).

10. El demandante trabajó ininterrumpidamente en Austria desde 1973 hasta octubre de 1984. Desde entonces hasta el 1° de julio de 1986, se alternaron períodos en los que estuvo desempleado con otros en los que tenía licencia médica y, por ende, recibía los subsidios correspondientes.

Desde el 1° de julio de 1986 hasta el 15 de marzo de 1987, recibió un adelanto de su jubilación en carácter de subsidio por desempleo. Al caducar su derecho a cobrarlo, presentó una solicitud ante la Agencia de Empleo de Linz (...) el 6 de julio de 1987 para recibir un adelanto de su jubilación en carácter de asistencia de emergencia (...).

11. El 8 de julio de 1987, la agencia rechazó la solicitud en base a que el solicitante no poseía la nacionalidad austríaca, una de las condiciones necesarias establecidas en la sección 23 (2) (a) de la Ley de Seguro de Desempleo de 1977 (...) para tener derecho a recibir un subsidio de esa naturaleza.

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

33. Cevat Gaygusuz denunció a las autoridades austríacas por negarle la asistencia de emergencia en base a que no poseía la nacionalidad austríaca, una de las condiciones necesarias establecidas en la sección 33 (2) (a) de la Ley de Seguro de Desempleo de 1977 (...) para tener derecho a recibir un subsidio de ese tipo. Denunció ser víctima de discriminación basada en la nacionalidad, lo que viola lo establecido en el artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1 (...), que disponen:

Artículo 14 del Convenio (...)

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, [...] por razones de [...] origen nacional [...]”.

Artículo 1 del Protocolo N° 1

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes (...) se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

[...]

36. Según la jurisprudencia de la Corte, el artículo 14 del Convenio (...) complementa las otras disposiciones sustantivas del Convenio y los Protocolos. El artículo no tiene existencia independiente dado que solo tiene efecto en relación con “el goce de los derechos y libertades” salvaguardados por esas disposiciones. Aunque la aplicación del artículo 14 (...) no presupone la violación de tales disposiciones —y en este sentido la aplicación es autónoma— no cabe su aplicación a menos que los hechos en cuestión pertenezcan al ámbito de aplicación de una o más de esas disposiciones (véase, entre otras fuentes, el fallo *Karlheinz Schmidt vs. Alemania* del 18 de julio de 1994, Serie A N° 291-B, p. 32, párr. 22).

[...]

41. La Corte considera que el derecho a la asistencia de emergencia —tal como lo establecen las leyes aplicables— es un derecho pecuniario a los fines del artículo 1 del Protocolo N° 1 (...). Por lo tanto, la disposición (...) es aplicable más allá de que haya una relación entre el derecho a la asistencia de emergencia y la obligación de abonar “impuestos u otras contribuciones”

Por ende, como al demandante se le rechazó la solicitud de asistencia de emergencia en base a una distinción señalada en el artículo 14 (...), su nacionalidad, esa disposición (...) es también aplicable (véanse, entre otras fuentes, *mutatis mutandis*, el fallo *Inze vs. Austria* del 28 de octubre de 1987, Serie A N° 126, p. 18, párr. 40, y el fallo *Darby vs. Suecia* del 23 de octubre de 1990, Serie A N° 187, p. 12, párr. 30).

[...]

45. El Gobierno de Austria declaró que la disposición reglamentaria en cuestión no era de carácter discriminatorio. Arguyó que la diferencia de trato se basaba en la idea de que el Estado tiene una responsabilidad especial para con sus ciudadanos y debe protegerlos y cubrir sus necesidades básicas. Además, las secciones 33 y 34 de la Ley de Seguro de Desempleo establecían algunas excepciones a la condición de nacionalidad. Por último, al momento de ocurrencia de los hechos, Austria no tenía ninguna obligación contractual de prestar asistencia de emergencia a los ciudadanos turcos.

46. La Corte observa, en primer lugar, que Cevat Gaygusuz residía legalmente en Austria y trabajaba en ocasiones (...), y pagaba aportes al fondo de seguro de desempleo del mismo modo que los ciudadanos austríacos y en igualdad de condiciones.

47. Además, observa que el rechazo de su solicitud de asistencia de emergencia por parte de las autoridades se basaba exclusivamente en el hecho de que no poseía la nacionalidad austríaca, conforme lo requiere la sección 33 (2) (a) de la Ley de Seguro de Desempleo de 1977 (...).

48. Por otro lado, no se arguyó que el demandante no cumpliera con las otras condiciones reglamentarias que se deben cumplir para recibir el subsidio en cuestión. Por ende, se encontraba en una situación similar a cualquier ciudadano austríaco respecto del derecho a obtenerlo.

[...]

50. La Corte considera que los argumentos del Gobierno de Austria son poco convincentes. Al igual que la Comisión, considera que la diferencia de trato que se hace entre austríacos y no austríacos respecto del derecho a recibir la asistencia de emergencia, de la que Cevat Gaygusuz es víctima, no se basa en ninguna "justificación objetiva ni razonable".

51. Aunque al momento de ocurrencia de los hechos Austria no hubiera firmado ningún acuerdo de reciprocidad con Turquía, sí se comprometió, al ratificar el Convenio, a garantizar "a todos en [su] jurisdicción" las libertades y los derechos delineados en la Sección I del Convenio.

52. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1 (...).

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE*

[...]

2. *Sostiene* por unanimidad que hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1; (...).

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Thlimmenos vs. Grecia*

*Demanda N° 34369/97*

*Sentencia del  
6 de abril del 2000*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

7. El 9 de diciembre de 1983, el Tribunal Militar Permanente de Atenas (Diarkes Stradodikio), conformado por un juez militar de carrera y cuatro oficiales, encontró al demandante, que es testigo de Jehová, culpable de insubordinación por haberse negado a vestir el uniforme militar en el contexto de una movilización general. Sin embargo, el tribunal consideró que se trataba de un caso con circunstancias atenuantes, de acuerdo con el artículo 70 (b) del Código Penal Militar y el artículo 84 párr. 2 (a) del Código Penal y condenó al demandante a cuatro años de prisión. El demandante obtuvo la libertad condicional tras haber estado en prisión durante dos años y un día.

8. En junio de 1988, el demandante se presentó a rendir al examen público para la designación de doce contadores matriculados<sup>1</sup>. Se presentaron sesenta candidatos y el demandante obtuvo la segunda mejor calificación. Sin embargo, el 8 de febrero de 1989 la Junta Ejecutiva del Instituto Griego de Contadores Matriculados (en lo sucesivo, "la Junta") rechazó su designación en razón de que había sido condenado por un delito grave (...).

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

33. La Corte nota que el demandante no presentó la demanda por haber sido condenada por insubordinación sino porque la ley que establece que una persona condenada por un delito grave no puede obtener el puesto de contador matriculado no contempla una distinción entre una persona condenada como consecuencia de sus creencias religiosas y una persona condenada por otros motivos. El demandante invocó el artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 9, en los que se establece lo siguiente:

---

1 En Grecia, se considera que los contadores son profesionales liberales. Hasta 1993 sólo podían ejercer la profesión aquellos que estuvieran matriculados en el Instituto Griego de Contadores Matriculares (N. del T.)

#### Artículo 14

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

#### Artículo 9

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

[...]

34. El demandante adujo que el hecho de no haber sido designado contador matriculado estaba directamente relacionado con la manifestación de sus creencias religiosas y, por lo tanto, el caso estaba en el ámbito de aplicación del artículo 9 del Convenio. En este sentido, señaló que la causa por la que se rechazó su designación fue su negativa a servir en las fuerzas armadas en manifestación de sus creencias religiosas como testigo de Jehová. Además, sostuvo que no había ningún objetivo útil detrás del hecho de impedir que alguien ejerciera la profesión de contador por haberse negado a servir en las fuerzas armadas por respeto a su religión. Desde su punto de vista, la ley no debería excluir a todas las personas condenadas por delitos graves. (...). El demandante pertenece a una clase específica—es decir, personas de sexo masculino que son testigos de Jehová y cuya religión no les permite servir en las fuerzas armadas— que se diferencia del resto de las personas condenadas por delitos graves. El hecho de que el Gobierno no haya tenido en cuenta esta diferencia constituye un caso de discriminación que viola lo establecido en el artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 9.

[...]

39. La Corte considera que la demanda debe ser evaluada de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 9 por los motivos que se detallan a continuación.

40. La Corte reitera que el artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente dado que solo tiene efecto en relación con las libertades y los derechos salvaguardados por las otras disposiciones sustantivas del Convenio y sus Protocolos. No obstante, la aplicación del artículo 14 no presupone la violación de una o más de tales disposiciones y en este sentido el artículo es autónomo. Para que pueda aplicarse el artículo 14 es suficiente que los hechos del caso estén dentro del ámbito de aplicación de una de las disposiciones sustantivas del Convenio o de sus Protocolos (véase, por ejemplo, el fallo *Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1985, Serie A, N° 126, p. 17, párr. 36).

41. La Corte señala que no se designó al demandante para el puesto de contador matriculado debido a su condena por el delito de insubordinación, por haberse negado a vestir el uniforme militar. En consecuencia, no se lo trató de la misma forma que a los demás candidatos para el puesto debido a sus antecedentes penales. La Corte considera que esta diferencia de trato, al estar relacionada con el acceso al ejercicio de una profesión específica, no debería considerarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 14, dado que el Convenio no establece el derecho a la libertad de profesión.

42. Sin embargo, lo que el demandante reclama no es que las normas que regulan el acceso a la profesión establezcan una diferencia entre las personas que tienen antecedentes penales y las que no, sino que al aplicarse esta ley no se haga ninguna diferencia entre aquellos condenados por delitos cometidos específicamente por respeto a creencias religiosas y aquellos condenados por otros delitos. En este contexto, la Corte señala que el demandante es miembro de los Testigos de Jehová, un grupo religioso que apoya el pacifismo, y que no hay nada en el expediente que desmienta la declaración del demandante de que se negó a vestir el uniforme militar solamente porque consideraba que su religión no se lo permitía. Esencialmente, el demandante afirma que ha sido víctima de discriminación en el ejercicio de su libertad de religión, garantizada por el artículo 9 del Convenio, debido a que se le dio el mismo trato que a cualquier otra persona condenada por un delito grave aunque él fue condenado por un delito cometido como consecuencia del ejercicio de su libertad de religión. Visto el caso desde esta perspectiva, la Corte acepta que la “serie de hechos” denunciados por el demandante —que lo hayan tratado como a cualquier otra persona condenada por un delito grave en el contexto de la designación para el puesto de contador matriculado, a pesar de que se lo había condenado por un delito cometido por respetar sus creencias

religiosas— “está dentro del ámbito de aplicación de una disposición del Convenio”, específicamente del artículo 9.

[...]

44. Hasta el momento, la Corte considera que el derecho establecido en el artículo 14 a no ser discriminado en el goce de los derechos reconocidos en el Convenio se viola cuando el Estado trata de forma diferente a personas en una situación similar, sin que haya una justificación objetiva y razonable (véase el fallo *Inze* citado anteriormente, p. 18, párr. 41). Sin embargo, la Corte considera que este no es el único escenario posible para el cual el artículo 14 establece la prohibición de la discriminación. El derecho a no ser discriminado, tal como se lo reconoce en el Convenio, también se viola cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, no logran establecer un trato diferenciado para personas en situaciones significativamente distintas.

[...]

46. Otro aspecto que debe analizarse es si se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio. De conformidad con su jurisprudencia, la Corte debe analizar si se persiguió una finalidad legítima al no tratar al demandante de manera distinta a las demás personas condenadas por delitos graves. En caso de que se hubiese perseguido una finalidad legítima, la Corte debe analizar si hubo una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se buscaba cumplir (véase el fallo *Inze*, citado anteriormente, *ibid.*).

[...]

48. Si bien es cierto que, de conformidad con la ley vigente, las autoridades no tenían más opción que rechazar la designación del demandante para el puesto de contador matriculado, este hecho —en contra de lo que pretendió argumentar el representante del Gobierno durante la audiencia— no exime al Estado demandado de responsabilidad, según lo establecido en el Convenio. La Corte nunca ha excluido la posibilidad de determinar que la legislación nacional esté violando abiertamente el Convenio (véase, entre otros, *Chassagnou y otros vs. Francia* [GC], N° 25 088/94, 28 331/95 y 28 443/95, ECHR 1999-III). En este caso, la Corte considera que fue el Estado, al haber promulgado la ley en cuestión, el que violó el derecho del demandante a no ser discriminado en el goce del derecho establecido en el artículo 9 del Convenio. El Estado violó este derecho debido a que no introdujo las excepciones pertinentes en la ley que prohíbe que una persona

condenada por un delito grave trabaje como contador matriculado.

49. Por lo tanto, la Corte establece que hubo una violación del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 9.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE UNÁNIMEMENTE*

[...]

2. *Sostiene* que hubo violación una del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 9.

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Pretty vs. Reino Unido*

*Demanda N° 2346/2000*

*Sentencia del  
29 de abril de 2002*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

7. La demandante es una mujer de 43 años que vive con su esposo, con quien está casada hace veinticinco años, su hija y su nieta. La demandante padece (...), un trastorno neurológico progresivo que degenera las células motoras del sistema nervioso central y provoca una creciente debilidad muscular de los músculos voluntarios. A medida que avanza la enfermedad se produce una fuerte pérdida de fuerza muscular en los brazos, las piernas y los músculos que intervienen en el mecanismo de la respiración. La principal causa de muerte es la pérdida del control de la respiración, junto con la debilidad de los músculos que intervienen en el habla y la deglución, lo cual genera cuadros de neumonía e insuficiencia respiratoria. Al día de hoy no existe ningún tratamiento contra esta enfermedad.

8. A partir del diagnóstico de la enfermedad en noviembre de 1999, el estado de salud de la demandante se ha deteriorado rápidamente y ahora la enfermedad está en un estado avanzado. La demandante tiene paralizado casi todo el cuerpo, del cuello para abajo; no puede hablar de manera inteligible y se alimenta por sonda. Tiene una expectativa de vida muy baja, calculable solo en semanas o meses, pero tiene intacta la capacidad de razonar y tomar decisiones. La etapa final de la enfermedad es agobiante y poco digna para el paciente. Dado que la demandante siente miedo y angustia por el sufrimiento y el excesivo deterioro que padecerá con el avance de la enfermedad, su deseo es poder decidir cómo y cuándo morir para evitar la dolorosa e indigna degeneración de su cuerpo.

9. Si bien la legislación inglesa no considera que el suicidio sea un delito, la demandante no tiene la capacidad de cometer suicidio sin que alguien la ayude debido a las secuelas físicas de la enfermedad. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la sección 2(1) de la Ley de Suicidio de 1961, se considera un delito que alguien ayude a otra persona a cometer suicidio.

10. Contemplando la posibilidad de que la demandante quisiera suicidarse con la ayuda de su esposo, el abogado de la demandante elevó una nota al Director de la Fiscalía Pública (DFP), con fecha del 27 de julio de 2001 y escrita en nombre de la demandante, donde solicitaba la garantía de que no se procesaría al esposo de la demandante en caso de que él, respetando la voluntad de su esposa, decidiera ayudarla a cometer suicidio.

11. De acuerdo con la nota del 8 de agosto de 2011, el DFP rechazó el reconocimiento de la garantía solicitada:

“Sucesivos Directores —y Fiscales Generales— ya han explicado que se niegan a otorgar todo tipo de inmunidad que consienta, exija o pretenda autorizar o permitir la futura perpetración de un delito, sin importar lo excepcional de las circunstancias (...)”.

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

84. El artículo 14 del Convenio establece que:

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

[...]

86. La Corte entiende (...) que el caso se vincula con los derechos que tiene la demandante en conformidad con el artículo 8 del Convenio (...). En consecuencia, la Corte debe evaluar la demanda presentada, en la que la demandante denuncia haber sido víctima de discriminación dado que no se le permitió ejercer los derechos garantizados por el Convenio, ya que la legislación nacional permite que las personas sin discapacidad física cometan suicidio pero no permite que una persona con discapacidad física reciba ayuda cuando quiere cometer suicidio.

87. De conformidad con el artículo 14, la diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o sustancialmente similares es de carácter discriminatoria si no existe ninguna justificación objetiva ni razonable, es decir, si no se persigue ninguna finalidad legítima o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad que se buscaba cumplir. Además, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación al evaluar si y hasta qué punto las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican la diferencia de trato (véase *Camp y Bourimi vs. Holanda*, N° 28 369/95, párr. 37, ECHR 2000-X). También puede haber una instancia de discriminación cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, no logran establecer un trato

diferenciado para personas en situaciones significativamente distintas (véase *Thlimmenos vs. Grecia* [GC], N° 34 369/97, párr. 44, ECHR 2000-IV).

88. Sin embargo, aun cuando correspondiera aplicar a la situación de la demandante el principio que emana del fallo *Thlimmenos*, la Corte considera que en este caso existe una justificación objetiva y razonable para no establecer una diferencia en materia legal entre aquellos que tienen la capacidad física para cometer suicidio y aquellos que no la tienen. En relación con el artículo 8 del Convenio, la Corte sostiene que hay razones sólidas que justifican que no se introduzcan en la legislación excepciones cuyo objetivo sea atender las necesidades de aquellos que no son considerados como personas vulnerables (...). De modo similar, en relación con el artículo 14, existen razones convincentes para no intentar establecer una distinción entre las personas que tienen la capacidad de cometer suicidio sin ayuda de terceros y las que no. El límite entre estas dos categorías es usualmente demasiado difuso y el intento de establecer en la legislación una instancia de exención para las personas que no tengan la capacidad física de cometer suicidio podría socavar seriamente lo establecido en la ley de 1961, cuyo objetivo es salvaguardar la protección de la vida, y así aumentar el riesgo de abuso.

89. En consecuencia, se entiende que en este caso no hubo violación del artículo 14 del Convenio.

[...]

*POR ESTAS RAZONES, LA CORTE UNÁNIMEMENTE*

[...]

6. *Sostiene* que no hubo violación del artículo 14 del Convenio.

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Karner vs. Austria*

*Demanda N° 40016/98*

*Sentencia del  
24 de octubre de 2003*



[...]

## *LOS HECHOS*

10. El demandante nació en 1955 y vivía en Viena.

11. El demandante tenía una relación homosexual con el Sr. W. En 1989, comenzaron a convivir en un departamento situado en Viena, que había alquilado el Sr. W el año anterior. La pareja compartía los gastos de mantenimiento de la vivienda.

12. En 1991, el Sr. W descubrió que estaba infectado con el virus del SIDA. Seguía estando en pareja con el demandante y en 1993, cuando comenzaron a manifestarse los signos de la enfermedad, el demandante cuidó del Sr. W, quien murió en 1994, habiendo designado anteriormente como heredero al demandante.

13. En 1995, el locador presentó una demanda contra el demandante para exigir la rescisión del contrato de alquiler. El 6 de enero de 1996, el Tribunal del Distrito de Favoriten (...) desestimó la demanda ya que consideró que la sección 14(3) de la Ley de Locación (...), en la que se establece que los miembros de la familia tienen derecho a heredar la titularidad del contrato de alquiler, también es aplicable en el caso de que se trate de una pareja homosexual.

14. El 30 de abril de 1996, el Tribunal Civil Regional de Viena (...) desestimó la apelación del locador, argumentando que el objetivo de la sección 14(3) de la Ley de Locación era resguardar a las personas que habían convivido por un largo periodo sin estar casadas de la repentina falta de vivienda y que la disposición es aplicable en el caso de parejas tanto heterosexuales como homosexuales.

15. El 5 de diciembre de 1996, la Corte Suprema (...) hizo lugar a la apelación presentada por el locador, y anuló la decisión tomada por el tribunal y puso término al contrato de alquiler. El argumento de la Corte fue que el concepto de "pareja" (...) que figura en la sección 14(3) de la Ley de Locación debe interpretarse con el sentido que tenía cuando se promulgó la ley en 1974 y que en aquel momento los legisladores no habían tenido la intención de incluir en el alcance del término a personas del mismo sexo.

[...]

## EL DERECHO

[...]

29. El demandante denunció haber sido víctima de discriminación en razón de su orientación sexual, dado que, en el veredicto del 5 de diciembre de 1996, la Corte Suprema le negó la condición de “pareja” del fallecido Sr. W en términos de la sección 14 de la Ley de Locación, lo cual lo inhabilitó para heredar el contrato de alquiler que estaba a nombre del Sr. W. El demandante basó su demanda en el artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 8, en los que se establece lo siguiente:

### Artículo 14

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

### Artículo 8

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [y] de su domicilio (...)

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

[...]

37. La Corte reitera que, a los fines del artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir (véase *Petrovic vs. Austria*, fallo del 27 de marzo de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-II, p. 586, párr. 30). Además, sería necesario presentar razones de mucho peso para que la Corte llegase a considerar que una diferencia de trato basada exclusivamente en razón del sexo sea compatible con lo establecido en el Convenio (véanse *Burgartz vs. Suiza*, fallo del 22 de febrero de 1994,

Serie A, Nº 280-B, p. 29, párr. 27, *Karlheinz Schmidt vs. Alemania*, fallo del 18 de julio de 1994, Serie A, Nº 291-B, pp. 32-33, párr. 24; *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Nº 33 290/96, párr. 29, ECHR 1999-IX; *Smith y Grady vs. Reino Unido*, Nº 33 985/96 y 33 986/96, párr. 94, ECHR 1999-VI; *Fretté vs. Francia*, Nº 36 515/97, párrs. 34 y 40, ECHR 2002 I y *S.L. vs. Austria*, Nº 45 330/99, párr. 36, ECHR 2003-I). Al igual que la diferencia de trato en razón del sexo, la diferencia de trato en razón de la orientación sexual requiere que se presenten razones particularmente importantes para justificar tal diferencia (véanse *Smith y Grady*, citado arriba, párr. 90 y *S.L. vs. Austria*, citado arriba párr. 37).

38. En el caso en cuestión, el demandante, luego del fallecimiento del Sr. W, buscó proteger su derecho en conformidad con lo establecido en la sección 14(3) de la Ley de Locación y adujo que, en su calidad de cónyuge superviviente, en esa sección se le reconocía el derecho a heredar el contrato de alquiler. (...)

39. La Corte Suprema, que finalmente hizo lugar a la demanda del locador para rescindir el contrato de alquiler, no basó su argumentación en que existieran razones importantes para reconocer el derecho a heredar un contrato de alquiler solamente a parejas heterosexuales, sino en que los legisladores, al promulgar la sección 14(3) de la Ley de Locación en 1974, no había tenido la intención de reconocer este derecho a parejas de personas del mismo sexo. El Gobierno sostiene que la finalidad de la disposición en cuestión era proteger la unidad familiar tradicional.

40. La Corte acepta que, en principio, la finalidad de proteger a la familia en un sentido tradicional es una razón de peso y legítima, por la cual se podría justificar la existencia de una diferencia de trato (véase *Mata Estevez vs. España* (dec.), Nº 56 501/00, ECHR 2001-VI, y las referencias allí mencionadas), pero debe evaluarse si, en las circunstancias de este caso, se ha respetado el principio de proporcionalidad.

41. La protección de la familia en un sentido tradicional es una finalidad de naturaleza abstracta y es posible utilizar un amplio abanico de medidas concretas para concretar esta finalidad. En aquellos casos en los que a los Estados se les reconoce un margen de apreciación estrecho —y así es en los casos de diferencia de trato en razón del sexo o la orientación sexual—, el principio de proporcionalidad no exige solamente que la medida adoptada sea, en principio, adecuada para cumplir con la finalidad perseguida. Además, en este caso debe demostrarse que, para alcanzar esta finalidad, es necesario excluir del alcance de aplicación de la sección 14 de la Ley de Locación a las personas que pertenezcan a ciertos grupos específicos —en este caso, aquellas personas que conforman una

pareja homosexual—. La Corte no observa que el Gobierno haya presentado argumentos que permitan llegar a tal conclusión.

42. En consecuencia, la Corte afirma que el Gobierno no ha presentado razones de peso y convincentes que justifiquen una interpretación estricta de la sección 14(3) de la Ley de Locación, en conformidad con la cual se excluya del derecho garantizado en dicha disposición a un cónyuge superviviente del mismo sexo que el cónyuge fallecido.

43. Por ende, hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 8.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE*

[...]

2. *Sostiene* por seis votos contra uno que hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 8.

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Koua Poirrez vs. Francia*

*Demanda N° 40892/98*

*Sentencia del  
30 de septiembre de 2003*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

10. El demandante padece una discapacidad física desde los siete años de edad. Fue adoptado por Bernard Poirrez, ciudadano francés, según los términos del fallo dictado por el Tribunal de Primera Instancia de Bouaké el 28 de julio de 1987. El 11 de diciembre de 1987, el tribunal de grande instance de Bobigny autorizó la ejecución del fallo.

[...]

12. Mientras tanto, la Junta de Asesoramiento y Rehabilitación Laboral de Sena-Saint-Denis (...) certificó que el demandante tenía un grado de discapacidad del 80 % y le otorgó una credencial de discapacidad. En mayo de 1990, el demandante presentó una solicitud de "asignación para adultos discapacitados" ante la Oficina de Asignaciones Familiares (...) de la región de París, y respaldó la solicitud alegando que era un residente francés de nacionalidad marfileña y el hijo adoptivo de un ciudadano francés que residía y trabajaba en Francia. La solicitud fue rechazada sobre la base de que, como no era ciudadano de Francia ni de ningún país con el que Francia hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad respecto de la asignación para adultos discapacitados, el demandante no cumplía con las condiciones estipuladas en el artículo L. 821-1 del Código de Seguridad Social (...).

## *EL DERECHO*

32. El demandante alegó una violación del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1. Estos artículos establecen:

### Artículo 14 del Convenio

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

### Artículo 1 del Protocolo N° 1

"Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones

previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

[...]

33. El Gobierno argumentó que el derecho de propiedad, protegido por el artículo 1 del Protocolo N° 1, no abarcaba beneficios no contributivos tales como la asignación para adultos discapacitados. La asignación en realidad constituía una forma de asistencia y no un derecho real de pago ni en un derecho adquirido, como bien podía observarse a partir del hecho de que, según la legislación francesa, no se trataba de una asignación predefinida sino que estaba sujeta a determinadas condiciones. El gobierno argumentó que *Gaygusuz vs. Austria* (fallo del 16 de septiembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV) respaldaba su opinión dado que, según su punto de vista, la Corte había señalado expresamente que el derecho a los beneficios sociales estaba supeditado al pago de contribuciones (...).

[...]

36. La Corte reitera que el artículo 14 complementa las otras disposiciones sustantivas del Convenio y sus Protocolos. El artículo no tiene existencia independiente dado que solo tiene efecto en relación con “el goce de los derechos y libertades” salvaguardados por esas disposiciones. Aunque la aplicación del artículo 14 no presupone la violación de tales disposiciones —y en este sentido la aplicación es autónoma— no cabe su aplicación a menos que los hechos en cuestión pertenezcan al ámbito de aplicación de una o más de esas disposiciones (véanse *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, fallo del 28 de mayo de 1985, Serie A N° 94, p. 35, párr. 71, e *Inze vs. Austria*, fallo del 28 de octubre de 1987, Serie A N° 126, p. 17, párr. 36).

37. La Corte también señala que ya sostuvo que el derecho a la asistencia de emergencia —tal como lo establecen las leyes aplicables— es un derecho pecuniario a los fines del artículo 1 del Protocolo N° 1. Por lo tanto, la disposición es aplicable más allá de que haya una relación entre el derecho a la asistencia de emergencia y la obligación de abonar “impuestos u otras contribuciones” (véase *Gaygusuz*, citado anteriormente, p. 1142, párr. 41). Al respecto, la Corte considera que el hecho de que, en ese caso, el demandante haya abonado contribuciones y, por lo tanto, haya tenido el derecho a recibir asistencia

de emergencia (ibíd., pp. 1141-42, párr. 39) no implica, a la inversa, que un beneficio social no contributivo como la asignación para adultos discapacitados no constituya un derecho pecuniario a los fines del artículo 1 del Protocolo N° 1.

[...]

41. Por último, la Corte considera que la decisión de negarle la asignación al demandante antes de junio de 1998 estaba basada en criterios —como la posesión de nacionalidad francesa o de un país que hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad con Francia respecto de la asignación para adultos discapacitados— que constituyen una distinción a los fines del artículo 14 del Convenio.

42. A la luz de las consideraciones precedentes, la Corte sostiene que el demandante gozaba de un derecho pecuniario a los fines del artículo 1 del Protocolo N° 1 y que el artículo 14 del Convenio también es aplicable en el caso en cuestión.

[...]

46. Según la jurisprudencia de la Corte, una distinción es discriminatoria, a los fines del artículo 14, si no “tiene una justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “fin legítimo”, o si no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir”. Además, los Estados Contratantes gozan de un determinado margen de apreciación al evaluar si y hasta qué punto las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican la diferencia de trato (véanse, *inter alia*, *Gaygusuz*, citado anteriormente, p. 1142, párr. 42; *Larkos vs. Chipre* [GC], N° 29515/95, párr. 29, ECHR 1999-I; y *Thlimmenos vs. Grecia* [GC], N° 34369/97, párr. 40, ECHR 2000-IV). Sin embargo, debería presentar ante la Corte razones de mucho peso para que esta considerara que una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad es compatible con el Convenio (véase *Gaygusuz*, citado anteriormente, p. 1142, párr. 42).

47. En el caso en cuestión, la Corte observa, en primer lugar, que el demandante residía legalmente en Francia, donde recibía las prestaciones mínimas, que no están supeditadas a la condición de nacionalidad. Reitera, además, que la decisión de las autoridades nacionales de negarle la asignación en cuestión estaba basada únicamente en el hecho de que el demandante no poseía la nacionalidad requerida, que era una condición previa para obtener la asignación según el artículo L. 821-1 del Código de Seguridad Social aplicable al momento en que ocurrieron los hechos.

48. Además, no se ha establecido, ni siquiera alegado, que el demandante no cumpliera con las demás condiciones reglamentarias que le permitieran acceder al beneficio social en cuestión. A ese respecto, la Corte solo observa que el demandante sí recibió la asignación para adultos discapacitados luego de que la Ley del 11 de mayo de 1998 derogara la condición de nacionalidad, por lo que pasó a estar en una situación similar a la de un ciudadano francés o de un país que hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad con Francia respecto del derecho a recibir el beneficio. La Corte observa que el Tribunal de Casación también consideró que la decisión—que se basaba exclusivamente en la nacionalidad extranjera del demandante— de negarle la asignación adicional abonada por el Fondo de Solidaridad Nacional a un demandante residente de Francia que había recibido una pensión por invalidez conforme la normativa francesa violaba el artículo 14 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo N° 1 (...).

49. Por consiguiente, la Corte resuelve que los argumentos propuestos por el Gobierno son poco convincentes. La diferencia de trato respecto del derecho a los beneficios sociales entre los ciudadanos franceses o de otro país que hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad y los ciudadanos de otros países no se basaba en una “justificación objetiva y razonable” (véase, por el contrario, *Moustaquim vs. Bélgica*, fallo del 18 de febrero de 1991, Serie A N° 193, p. 20, párr. 49). Aunque al momento de ocurrencia del hecho Francia no estaba vinculada con Costa de Marfil por medio de acuerdos de reciprocidad, al firmar el Convenio acordó garantizar “a todos en [su] jurisdicción”, dentro de la que indiscutiblemente estaba el demandante, las libertades y los derechos definidos en la Sección I del Convenio (véase *Gaygusuz*, citado anteriormente, p. 1143, párr. 51).

50. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE*

[...]

2. *Sotiene* por 6 votos contra 1 que hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 1 del Protocolo N° 1;

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Ünal Tekeli vs. Turquía*

*Demanda N° 29865/96*

*Sentencia del  
16 de noviembre de 2004*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

9. La demandante, Ayten Ünal Tekeli, es ciudadana turca, nacida en 1965 y residente de İzmir.

10. Luego de casarse el 25 de diciembre de 1990, la demandante, que entonces era abogada pasante, adoptó el apellido de su esposo conforme el artículo 153 del Código Civil turco. Como en la vida profesional la conocían por su apellido de soltera, siguió utilizándolo delante del apellido de casada. Sin embargo, no podía colocar ambos apellidos en la documentación oficial.

11. El 22 de febrero de 1995, la demandante inició acciones en el Tribunal de Primera Instancia de Karşıyaka ("el Tribunal de Primera Instancia) para que la autorizaran a utilizar su nombre de soltera, "Ünal". El 4 de abril de 1995, el Tribunal de Primera Instancia rechazó la solicitud de la demandante sobre la base de que, según el artículo 153 del Código Civil turco, las mujeres casadas debían llevar el apellido de su marido mientras durara el matrimonio.

12. El 6 de junio de 1995, el Tribunal de Casación rechazó la apelación de la demandante basada en algunas cuestiones de derecho. La decisión le fue notificada a la demandante el 23 de junio de 1995.

13. A través de una de las enmiendas que se hicieron al artículo 153 del Código Civil el 14 de mayo de 1997, las mujeres casadas obtuvieron el derecho de colocar el apellido de soltera delante del de casada. La demandante eligió no hacer uso de esa posibilidad dado que, según entendía, la enmienda en cuestión no satisfacía su pedido, que era utilizar únicamente su apellido de soltera.

El 22 de noviembre de 2001, se sancionó el nuevo Código Civil. El artículo 187 fue redactado exactamente igual que el artículo 153 del Código anterior.

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

39. La demandante declaró que la negativa de las autoridades nacionales de permitirle portar solo su apellido de soltera luego de haber contraído matrimonio constituía una violación del artículo 8 del Convenio, tomado por separado y en conjunto con el artículo 14.

El artículo 8 del Convenio dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El artículo 14 dispone:

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

40. En vista de los alegatos de la demandante, la Corte considera pertinente analizar el caso según el artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 8.

[...]

42. La Corte reitera que el artículo 8 del Convenio no incluye ninguna disposición particular sobre apellidos, pero dado que funciona como medio de identificación personal y de pertenencia a una familia, el apellido de una persona forma parte de su vida privada y familiar. El hecho de que la regulación del uso de apellidos sea de interés público no quita que la cuestión del apellido esté dentro del alcance de la vida privada y familiar, la cual, según se interpreta, incluye hasta cierto punto el derecho de establecer vínculos con otras personas (véase *Burghartz vs. Suiza*, fallo del 22 de febrero de 1994, serie A N° 280 B, párr. 24).

Por ende, el tema sobre el que versa la demanda se inscribe en el ámbito de aplicación

del artículo 8 del Convenio.

[...]

**a. Principios aplicables**

49. La Corte reitera que el artículo 14 del Convenio brinda protección contra la discriminación relativa al goce de los derechos y libertades salvaguardados por las demás disposiciones sustantivas del Convenio. Sin embargo, no toda diferencia de trato constituye una violación del artículo, sino que debe demostrarse que otras personas en una situación análoga o sustancialmente similar gozan de un trato preferencial y que esta distinción es de carácter discriminatorio (véase, por ejemplo, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society vs. Reino Unido*, fallo del 23 de octubre de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997VII, párr. 88).

50. Según la jurisprudencia de la Corte, una diferencia de trato es discriminatoria en el marco de lo establecido en el artículo 14 si se realiza sin ninguna justificación objetiva o razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio no solo debe perseguir una finalidad legítima; también se viola el artículo 14 cuando se demuestra con claridad que no hay "una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir" (véanse, por ejemplo, *Petrovic vs. Austria*, fallo del 27 de marzo de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998II, párr. 30, y *Lithgow y Otros vs. Reino Unido*, fallo del 8 de julio de 1986, Serie A Nº 102, párr. 177).

51. En otras palabras, en el concepto de discriminación se incluyen en general aquellos casos en los que se trata a una persona o un grupo, sin debida justificación, de forma menos favorable que a otra persona o grupo, aun cuando el trato más favorable no esté dispuesto en el Convenio (véase *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, fallo del 28 de mayo de 1985, Serie A Nº 94, párr. 82). El artículo 14 no prohíbe que haya diferencias de trato si están basadas en una evaluación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente distintas y si estas diferencias de trato, por ser definidas en función del interés público, generan un equilibrio justo entre la protección de los intereses de la comunidad y el respeto por los derechos y las libertades salvaguardados por el Convenio (véase, entre otras fuentes, *G.M.B. y K.M. vs. Suiza* (dec.), Nº 36 797/97, fallo del 27 de septiembre de 2001).

52. Los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al evaluar si y hasta qué punto las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican la diferencia de trato. El alcance del margen de apreciación varía según las circunstancias, el tema y sus antecedentes (véanse *Rasmussen v. Dinamarca*, fallo del 28 de noviembre de 1984, Serie A Nº 87, párr. 40, *elNze v. Austria*, fallo del 28 de octubre de 1987, Serie A Nº 126, párr. 41).

53. Sin embargo, se tendrían que poder establecer razones de mucho peso para que se pudiera considerar que una diferencia de trato basada exclusivamente en razón del sexo es compatible con el Convenio (véase *Schuler-Zgraggen vs. Suiza*, fallo del 24 de junio de 1993, Serie A Nº 263, párr. 67).

54. Dado que el Convenio es, primero y principal, un sistema para proteger los derechos humanos, la Corte debe tener en consideración las condiciones cambiantes de los Estados Contratantes y estar atenta, por ejemplo, a cualquier consenso que aparezca con respecto a los estándares que se deben alcanzar (véase, *mutatis mutandis*, *Stafford v. Reino Unido* [GC], Nº 46 295/99, párr. 68, ECHR 2002IV).

**b. Consideraciones sobre si hubo diferencias en el trato entre personas en situaciones similares**

55. El pedido de la demandante se basa en el hecho de que, por ley, las mujeres casadas no pueden portar el apellido de soltera por sí solo una vez contraído el matrimonio, mientras que los hombres casados conservan el apellido de soltero. Tal distinción constituye una “diferencia de trato” basada en razón del sexo entre personas en situaciones análogas.

56. Las diferencias fácticas entre las dos categorías (hombres casados y mujeres casadas) a las que hace referencia el Gobierno, es decir las relacionadas con su situación social y su independencia económica, no son suficientes para que la Corte arribe a una conclusión diferente.

Es precisamente en torno a esta distinción que se plantea si se justifica la diferencia de trato por la que reclama la demandante.

**c. Consideraciones sobre si hay justificación objetiva y razonable**

57. En la argumentación del Gobierno, la medida en cuestión perseguía el fin legítimo de reflejar la unidad familiar a través del apellido del marido y, de ese modo, garantizar el orden público. La demandante refutó tal argumento.

58. La Corte reitera que, aunque el Convenio otorga a los Estados Contratantes un determinado margen de apreciación respecto de las medidas que deben tomarse para reflejar la unidad familiar, el artículo 14 exige que cualquier medida de esa naturaleza abarque a hombres y mujeres por igual, a menos que se aduzcan motivos convincentes que justifiquen una diferencia de trato.

En el caso en cuestión, la Corte entiende que no hay tales motivos.

59. La Corte reitera, en primer lugar, que la promoción de la igualdad entre los sexos es un objetivo de gran importancia en los estados miembro del Consejo de Europa.

60. Los avances de las Naciones Unidas en el nivel internacional en materia de igualdad entre los sexos apuntan, en esta área en particular, hacia el reconocimiento del derecho que tiene cada cónyuge de conservar su propio apellido o de tener igual voz y voto en la elección del nuevo apellido.

61. Además, la Corte observa que ha surgido un consenso entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa a favor de la igualdad de los cónyuges en la elección del apellido.

De los estados miembro del Consejo de Europa, Turquía es el único que impone por ley el apellido del marido para ambos cónyuges —aun cuando la pareja prefiera un acuerdo alternativo— y, por lo tanto, la pérdida automática del apellido de soltera de la mujer una vez contraído el matrimonio. En Turquía, las mujeres casadas no pueden utilizar el apellido de soltera solo, aun si ambos cónyuges así lo acuerdan, y tal situación no se vio alterada por la posibilidad de que las mujeres colocaran su apellido de soltera delante del apellido del marido, la cual fue otorgada por la legislatura turca el 22 de noviembre de 2001. No se tuvieron en cuenta los intereses de las mujeres casadas que no desean que el matrimonio modifique su apellido.

62. La Corte observa, además, que Turquía también adopta la tendencia general hacia la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito familiar. Antes de que se sancionaran las enmiendas legislativas pertinentes, sobre todo las del 22 de noviembre de 2001, la posición del hombre en el ámbito familiar era dominante. El reflejo de la unidad familiar a través del apellido del marido correspondía a la concepción tradicional de familia que la legislatura turca mantenía hasta entonces. Sin embargo, el objetivo de las reformas de noviembre de 2001 era promover la igualdad entre hombres y mujeres en la representación del matrimonio, en las actividades económicas y en la toma de decisiones relacionadas con la familia y los hijos. Entre otras cosas, el marido ya no tiene el papel dominante de jefe de familia. Ambos cónyuges adquirieron la facultad de representar a la familia.

A pesar de la sanción del Código Civil del año 2001, no se alteraron las disposiciones sobre el apellido luego de contraído el matrimonio, incluidas las que obligan a las mujeres casadas a portar el apellido del marido.

63. El primer planteo que debe analizar la Corte es si la tradición de reflejar la unidad familiar a través del apellido del marido puede considerarse un factor decisivo en este caso. Lo cierto es que esa tradición deriva del rol dominante que tenía el hombre y el rol secundario que tenía la mujer en el ámbito familiar. Hoy en día, la promoción de la igualdad entre los sexos en los estados miembro del Consejo de Europa, entre los que se encuentra Turquía, y sobre todo la importancia que se le atribuye al principio de la no discriminación, evitan que los Estados impongan esa tradición sobre las mujeres casadas.

64. En este contexto, es importante recordar que, pese a que la unidad familiar puede reflejarse mediante la elección del apellido del marido para ambos cónyuges, también se puede reflejar mediante la elección del apellido de la mujer o la de un apellido conjunto elegido por la pareja (véase *Burghartz*, citado anteriormente, párr. 28).

65. El segundo planteo al que la Corte debe responder es si la unidad familiar debe reflejarse a través de un apellido conjunto y si, en caso de que se genere un desacuerdo entre los cónyuges, se puede imponer el apellido de uno de ellos sobre el otro.

66. A ese respecto, la Corte observa que, en la práctica, en los Estados Contratantes es perfectamente concebible que la unidad familiar se preserve y consolide en los casos en que la pareja elige no portar un apellido conjunto. Esa observación se ve respaldada por el escrutinio de los sistemas que se aplican en Europa. En este caso, el Gobierno no demostró que la falta de reflejo de la unidad familiar a través de un apellido conjunto ocasionara dificultades para los cónyuges y/o terceros ni el perjuicio del interés público. En estas circunstancias, la Corte considera que la obligación de portar el apellido del marido impuesta sobre las mujeres casadas en aras de preservar la unidad familiar —aun si se les permite colocar el apellido de soltera delante del apellido del marido— carece de justificación objetiva y razonable.

67. La Corte no subestima las repercusiones significativas que tendrá inevitablemente sobre el registro de nacimientos, matrimonios y muertes un cambio en el sistema que signifique una transición del sistema tradicional, que se basa en el apellido del marido, a otros sistemas que permitan que los cónyuges conserven su propio apellido o elijan libremente un apellido conjunto. Sin embargo, considera esperable que la sociedad tolere un determinado grado de molestia en pos de permitirles a los individuos vivir con dignidad

y valor de conformidad con el apellido que eligieron (véase, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin vs. Reino Unido* [GC], Nº 28 957/95, párr. 91, ECHR 2002VI).

68. En consecuencia, el objetivo de reflejar la unidad familiar a través de un apellido conjunto no justifica la diferencia de trato basada en razón del sexo por la que reclama la demandante en este caso.

Así, la diferencia de trato en cuestión viola el artículo 14 en conjunto con el artículo 8.

69. A la luz de esa conclusión, la Corte no considera necesario determinar si también hubo una violación del artículo 8 tomado por separado.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE UNÁNIMEMENTE*

[...]

3. *Sostiene* que hubo una violación del artículo 14 del Convenio en Conjunto con el artículo 8.

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Timishev vs. Rusia*

*Demanda N° 55762/00 y 55974/00*

*Sentencia del  
13 de diciembre de 2005*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

9. El demandante nació en 1950 y vive en la ciudad de Nalchik, República de Kabardino-Balkaria de la Federación de Rusia. Es abogado.

10. El demandante es de origen étnico checheno. Nació y vivió en la República de Chechenia. El 31 de diciembre de 1994 su propiedad en la ciudad de Grozni fue destruida como resultado de una operación militar. Desde el 15 de agosto de 1996, el demandante ha estado viviendo en Nalchik como emigrante forzoso o refugiado.

11. En 1997, el demandante solicitó la inscripción de su residencia permanente en Nalchik. Su solicitud fue rechazada conforme a las leyes locales de Kabardino-Balkaria que prohíben a los ex residentes de la República de Chechenia obtener residencia permanente en ese lugar (...).

[...]

12. El 19 de junio de 1999 el demandante y su chofer viajaron en auto desde Nazran, en la República de Ingushetia; hacia Nalchik en la República de Kabardia-Balkaria. Las partes presentaron versiones diferentes sobre los eventos subsecuentes.

13. De acuerdo al demandante, alrededor de las 3 p.m su auto fue detenido en un puesto de control en la frontera entre Ingushetia y Kabardia-Balkaria. Inspectores de Seguridad Vial de Estado de Kabardia-Balkaria (...) le negaron el ingreso, refiriendo una instrucción oral recibida del Ministro del Interior de Kabardia-Balkaria de no admitir a personas de origen checheno (...). De acuerdo al Gobierno, el demandante trató de saltar la línea de autos que se encontraban esperando su turno en el puesto de control, pero le fue negado el trato prioritario y se tuvo que ir..

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

50. El demandante alega que la restricción de su derecho a la libre circulación actuó contra él de manera discriminatoria porque estuvo condicionada por su origen étnico. Se basa en el artículo 14 del Convenio que dispone:

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

[...]

53. La Corte reitera que el artículo 14 no tiene una existencia independiente, sino que juega un papel importante complementando las otras disposiciones del Convenio y sus Protocolos, ya que protege a las personas situadas en situaciones similares de cualquier discriminación en el goce de los derechos reconocidos en esas otras disposiciones. Cuando se invoca un artículo positivo del Convenio o de sus Protocolos tanto en sí mismo como junto con el artículo 14, y se constata una violación separada 12 de dicho artículo, no es generalmente necesario que el Tribunal examine también el caso en virtud del artículo 14, aunque la posición es otra si un aspecto fundamental del caso es una clara desigualdad de trato en el goce del derecho en cuestión (...).

54. Volviendo a las circunstancias de este caso, la Corte señala que el oficial superior de la policía de Kabardino-Balkaria ordenó a los agentes de la policía de tráfico no admitir a “chechenos”. Como, según lo que dice el Gobierno, el origen étnico de una persona no está indicado en los documentos de identidad rusos, la orden impedía el paso no sólo a las personas que realmente eran de origen étnico checheno, sino también a aquellas que simplemente eran percibidas como pertenecientes a dicho grupo étnico. No se ha afirmado que representantes de otros grupos étnicos estuvieran sujetos a restricciones similares (...). En opinión del Tribunal, esto representa una clara desigualdad de trato en el goce del derecho a la libertad de circulación debido al origen étnico de la persona.

55. La etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales.

56. Un trato diferente a las personas en situaciones importantes similares sin un objetivo y justificación razonable, constituye una discriminación (...). Una discriminación debido a

la etnicidad real o percibida de una persona es una forma de discriminación racial (...). La discriminación racial es un tipo especialmente odioso de discriminación y, a la vista de sus peligrosas consecuencias, exige de las autoridades especial vigilancia y una vigorosa reacción. Es por esto por lo que las autoridades deben utilizar todos los medios de que disponen para combatir el racismo, reforzando la visión de una sociedad democrática en la que la diversidad no sea percibida como una amenaza sino como una fuente de enriquecimiento (...).

57. Una vez que el demandante ha demostrado que hubo diferencia de trato, es el Gobierno demandado el que debe demostrar que la diferencia de trato podía estar justificada (...). El Tribunal ya ha establecido que la alegación del Gobierno de que el demandante intentó conseguir un trato de preferencia no la sostienen los hechos del caso (...). Por lo tanto, el demandante estaba en la misma situación que otras personas que deseaban cruzar la frontera administrativa de Kabardino-Balkaria.

58. El Gobierno no ofreció ninguna otra justificación para la diferencia de trato entre personas de origen étnico checheno y personas de otro origen étnico en el goce de su derecho a la libertad de circulación. En cualquier caso, el Tribunal considera que una diferencia de trato basada exclusivamente o de manera decisiva en el origen étnico de una persona no puede estar objetivamente justificada en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios del pluralismo y del respeto a las diferentes culturas.

59. En conclusión, como el derecho a la libertad de circulación del demandante fue restringido únicamente debido a su origen étnico, esa diferencia de trato constituyó una discriminación racial en el sentido del artículo 14 del Convenio (...).

Por lo tanto, hubo violación del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 2 del Protocolo N° 4 del Convenio.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE UNÁNIMEMENTE*

[...]

2. *Sostiene* que hubo una violación del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 2 del Protocolo N° 4 del Convenio.

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Zarb Adami vs. Malta*

*Demanda N° 17209/02*

*Sentencia del  
20 de septiembre de 2006*



[...]

## LOS HECHOS

[...]

9. El demandante es farmacéutico y vive en Malta. En el año 1971 se lo incorporó a las listas de jurados, en las que estuvo hasta el año 2005.

10. Entre 1971 y 1997, se solicitó al demandante que prestara servicio como miembro del jurado en tres acciones judiciales distintas. En estas oportunidades, se le pidió que actuara como miembro y como presidente del jurado.

11. En 1997, se le volvió a solicitar al demandante que se presentara ante el Tribunal Penal para actuar como miembro del jurado. Esta vez, no se presentó en la fecha solicitada y el día 14 de abril de 1997 recibió una multa de 100 liras maltesas (MTL), una suma equivalente a 240 euros (EUR).

[...]

12. Como el demandante no pagó la multa, el 11 de junio de 1997 el Secretario de los Tribunales de Malta presentó una demanda ante el Tribunal Penal, en la que se solicitaba que el tribunal le ordenara al demandante comparecer ante el tribunal y/o transformar la multa establecida en una condena a prisión.

13. En la sesión ante el Tribunal Penal el día 26 de junio de 1997, el demandante declaró que la multa que se le había impuesto era inconstitucional y violaba sus derechos fundamentales. Alegó, en particular, que la sanción era discriminatoria a la luz del artículo 45 de la Constitución y el artículo 14 en conjunto con el artículo 4 párr. 3 (d) del Convenio, porque le imponía cargas y deberes que no se les imponían a otras personas que estaban en su misma situación. Además, la legislación y/o la práctica local eximían a las personas de sexo femenino de prestar servicio como miembro de jurado mientras que, *de facto*, no se les ofrecía la posibilidad de esta exención a los hombres.

14. El 29 de septiembre de 1997, el Tribunal Penal (...) la derivó a la Sala Primera del Tribunal Civil.

15. Ante el Tribunal Civil, el demandante alegó que el sistema maltés castigaba a los hombres y favorecía a las mujeres, dado que los datos estadísticos mostraban que a lo largo de los cinco años precedentes solo el 3,05 % de las personas que prestaron servicio como miembro de jurado habían sido mujeres, mientras que el 96,95 % restante habían sido hombres. Además, la carga de prestar servicio como jurado no se distribuía equitativamente sino que era impuesta a un sector de la población proporcionalmente muy reducido: en 1997, la lista de jurados estaba compuesta por solo el 3,4% del padrón electoral. En la práctica, aquellos que habían sido incluidos en las listas de jurados una vez quedaban en estas listas hasta que se los descalificaba, en tanto que otros que también cumplían con todos los requisitos quedaban eximidos de tal obligación civil *de facto*.

16. En el fallo emitido el 5 de febrero de 1999, el Tribunal Civil rechazó el pedido del demandante y sostuvo que la ley, al establecer que todo ciudadano maltés que haya cumplido los 21 años de edad está habilitado para servir como jurado, no hacía ninguna distinción entre ciudadanos. Más específicamente, no establecía ninguna distinción entre hombres y mujeres. En cuanto a la práctica criticada por el demandante, este último no había sustanciado su acusación de que había otras personas con los requisitos para servir como jurado que habían logrado evitar el cumplimiento de este deber. Además, el demandante no había solicitado la exención al servicio de jurado contemplada en el derecho nacional.

[...]

18. El demandante apeló el fallo del 5 de febrero de 1999 ante el Tribunal Constitucional. Señaló, en particular, que la existencia de discriminación quedaba claramente demostrada por las estadísticas que él había presentado. Debido a estos antecedentes de hecho, no era necesario demostrar si las autoridades habían tenido la intención de discriminar.

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

35. El demandante consideró que la manera como se le había impuesto la obligación de prestar servicio como jurado era de carácter discriminatorio. Invocó el artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 4 párr. 3 (d).

En el fragmento pertinente de la disposición se dispone que:

- “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado y obligatorio.
3. No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo  
(...)  
(d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

36. El artículo 14 del Convenio establece:

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

**A. Aplicación del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 4 párr. 3 (d)**

[...]

42. Tal como ha sostenido la Corte en reiteradas ocasiones, el artículo 14 complementa las otras disposiciones sustantivas del Convenio y sus Protocolos. El artículo no tiene existencia independiente dado que solo tiene efecto en relación con “el goce de los derechos y libertades” salvaguardados por esas disposiciones. Aunque la aplicación del artículo 14 no presupone la violación de tales disposiciones —y en este sentido la aplicación es autónoma— no cabe su aplicación a menos que los hechos en cuestión pertenezcan al ámbito de aplicación de una o más de esas disposiciones (véanse, entre muchas otras fuentes, *Van Raalte v. Países Bajos*, del 21 de febrero de 1997, párr. 33: Informes de fallos y decisiones 1997-I y *Petrović v. Austria*, 27 de marzo de 1998, párr. 22, Informes 1998-II).

43. La Corte reitera que el párrafo 2 del artículo 4, en el que se prohíbe el “trabajo forzado u obligatorio”, consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. A diferencia de la mayor parte de las cláusulas sustantivas del Convenio y de los Protocolos Nº 1 y 4, el artículo 4 no dispone excepciones ni admite su derogación bajo el artículo 15 párr. 2, ni siquiera en el caso de que un peligro público amenace la vida de la nación (véase *Siliadin v. Francia*, Nº 73 316/01, párr.112, ECHR 2005-VII). No obstante, el párrafo 3 de este artículo señala que el término “trabajo forzado u obligatorio” no incluye, *inter alia*, “todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

44. En el caso *Karlheinz Schmidt*, en el que se obligaba solamente a los hombres a prestar servicio en el cuerpo de bomberos o pagar una contribución en reemplazo de este servicio (18 de julio de 1994, Serie A Nº 291-B, párr. 22), la Corte determinó que el artículo 14 era aplicable y estableció que:

“... el párrafo 3 del artículo 4 no procura “limitar” el ejercicio del derecho garantizado por el párrafo 2 sino “delimitar” el contenido mismo de ese derecho, dado que forma una unidad con el párrafo 2 e indica aquello “que no está incluido en el término ‘trabajo forzado u obligatorio’ (*ce qui ‘n’est pas considéré comme ‘travail forcé u obligatoire’*”). Siendo así, el párrafo 3 funciona como una ayuda para la interpretación del párrafo 2. Los cuatro subpárrafos del párrafo 3, a pesar de su diversidad, están basados en las ideas rectoras del interés general, la solidaridad social y lo que se considera normal en circunstancias ordinarias”.

45. (...) El trabajo o la tarea que es de por sí normal puede, de hecho, volverse anormal si la elección de los grupos o individuos que deben realizar este trabajo o esta tarea se realiza guiada por factores de discriminación, lo cual es precisamente lo que el demandante sostuvo que había ocurrido en estas circunstancias” (véase *Van der Mussele v. Bélgica*, 23 de noviembre de 1983, Serie A Nº 70, párr. 43).

46. En este caso, la Corte no encuentra ningún motivo para desviarse de los veredictos de los dos fallos citados arriba. Por lo tanto, el hecho de que una situación se corresponda con la noción de una obligación cívica normal en el sentido establecido en el párrafo 3 no impide que sea aplicable el artículo 4 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 14.

[...]

**B. Cumplimiento con el artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 4 párr. 3 (d)**

[...]

**(a) Principios generales**

71. La jurisprudencia de la Corte establece que la discriminación consiste en tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas que están en situaciones sustancialmente similares (véase *Willis v. Reino Unido*, Nº 36 042/97, párr. 48, ECHR 2002-IV). Sin embargo, no toda diferencia de trato equivale a una violación del

artículo 14. Debe demostrarse que otras personas en una situación análoga o sustancialmente similar gozan de un trato preferencial y que esta distinción es de carácter discriminatorio (véase Ünal Tekeli v. Turquía, N° 29 865/96, párr. 49, ECHR 2004-X).

72. Una diferencia de trato es discriminatoria en el marco de lo establecido en el artículo 14 si se realiza sin ninguna justificación objetiva o razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio no solo debe perseguir una finalidad legítima; también se viola el artículo 14 cuando se demuestra con claridad que no hay “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir” (véanse, por ejemplo, Petrović, citado arriba, párr. 30 y Lithgow y otros v. Reino Unido, 8 de julio de 1986, párr. 177, Serie A N° 102).

73. En otras palabras, en el concepto de discriminación se incluyen en general aquellos casos en los que se trata a una persona o un grupo, sin debida justificación, de forma menos favorable que a otra persona o grupo, aun cuando el trato más favorable no esté dispuesto en el Convenio (véase Abdulaziz, Cabales y Balkandi v. Reino Unido, 28 de mayo de 1985, párr. 82, Serie A N° 94). El artículo 14 no prohíbe que haya diferencias de trato si están basadas en una evaluación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente distintas y si estas diferencias de trato, por ser definidas en función del interés público, generan un equilibrio justo entre la protección de los intereses de la comunidad y el respeto por los derechos y las libertades salvaguardados por el Convenio (véase, entre otras fuentes, G.M.B y K. M. v. Suiza (dec.), N° 36 797/97, septiembre de 2001).

74. Los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al evaluar si, y hasta qué punto, las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican la diferencia de trato (véase Gaygusuz v. Austria, 16 de septiembre de 1996, párr. 42, Informe 1996-IV). El alcance del margen de apreciación varía de acuerdo con las circunstancias, el tema y sus antecedentes (véanse Rasmussen v. Dinamarca, 28 de noviembre de 1984, párr. 40, Serie A N° 87 y también Inze v. Austria, 28 de octubre de 1987, párr. 41, Serie A N° 126), pero recae en la Corte la decisión final con respecto al cumplimiento de los requisitos del Convenio. Sin embargo, dado que el Convenio es, primero y principal, un sistema para proteger los derechos humanos, la Corte debe tener en consideración las condiciones cambiantes de los Estados Contratantes y estar atenta, por ejemplo, a cualquier consenso que aparezca con respecto a los estándares que se deben alcanzar (véanse Ünal Tekeli, citado arriba, párr. 54 y, mutatis mutandis, Stafford v. Reino Unido [GC], N° 46 295/99, párr. 68, ECHR 2002IV).

**(b) Consideraciones sobre si hubo diferencias en el trato entre personas en situaciones similares**

75. La Corte señala que el demandante acepta que la diferencia de trato por la que presenta la demanda no depende de la redacción de las disposiciones nacionales. Tal como estaba vigente en el período pertinente, la ley de Malta no hacía ninguna distinción de sexo: tanto los hombres como las mujeres eran de la misma manera posibles candidatos para prestar servicio como miembro de jurado (...). Por el contrario, la discriminación en cuestión se basa en lo que el demandante describió como una práctica de larga data, caracterizada por una serie de factores, tales como la manera de armar las listas de jurados y los criterios para la exención de prestar servicio como jurado. En consecuencia, solo se citaba para servir como jurado a un porcentaje insignificante de mujeres.

76. La Corte sostuvo en casos previos que los datos estadísticos por sí solos no son prueba suficiente para revelar una práctica que podría considerarse discriminatoria (véase *Hugh Jordan v. Reino Unido*, Nº 24 746/94, párr. 154, mayo de 2001). Al mismo tiempo, la Corte considera que una instancia de discriminación que puede ser contraria al Convenio puede derivar no solo de una medida legislativa (véase, en el ámbito de los deberes públicos, *Karlheinz Schmidt*, citado arriba, párr.párr. 24-29), sino también de una situación *de facto*.

77. La Corte señala que, a partir de los datos estadísticos presentados por las partes (...), resulta evidente que en 1997 —el año en el que el demandante fue convocado para que prestara servicio como jurado y no se presentó ante el tribunal— la cantidad de hombres (7.503) que estaban inscritos en las listas de jurados era tres veces mayor a la cantidad de mujeres inscritas (2.494). En años anteriores, esta diferencia había sido todavía mayor, dado que solo 147 mujeres estaban inscritas en las listas de jurados, en contraste con los 4.298 hombres inscritos. Además, la Corte llama la atención sobre el hecho de que en 1996, 5 mujeres y 174 hombres actuaron como jurados.

78. La Corte considera que estas cifras demuestran que la obligación cívica de prestar servicio como jurado ha sido impuesta a los hombres de forma predominante. En consecuencia, ha habido una diferencia de trato entre dos grupos —hombres y mujeres— que estaban en situaciones similares respecto del cumplimiento de este deber.

79. Tal como lo señaló el Gobierno, es cierto que a partir de 1997 se puso en marcha un proceso administrativo para equiparar la cantidad de mujeres inscritas como jurados con la de hombres. Como resultado, en 2004 se inscribieron 6.344 mujeres y

10.195 hombres en las listas de jurados, lo que demuestra que hubo un aumento significativo en la cantidad de mujeres que efectivamente cumplen con los requisitos para prestar servicio como jurado. Sin embargo, este hecho no menoscaba la conclusión de que, en el período pertinente —es decir, cuando el demandante fue convocado para que prestara servicio como jurado y no se presentó— solo un porcentaje insignificante de mujeres estaba inscripto en las listas de jurados y recibía la solicitud de prestar servicio como jurado.

**(c) Consideraciones sobre si hay justificación objetiva y razonable**

80. La Corte observa que, si una política o medida general tiene efectos perjudiciales de manera desproporcionada sobre un grupo de personas, no se puede descartar la posibilidad de que sea de carácter discriminatorio aun cuando no esté específicamente dirigida o enfocada hacia ese grupo (véase *McShane v. Reino Unido*, N° 43 290/98, párr. 135, 28 de mayo de 2002). Además, se tendrían que poder establecer razones de mucho peso para que se pudiera considerar que una diferencia de trato basada exclusivamente en razón del sexo es compatible con el Convenio (véase *Willis*, citado arriba, párr. 39 y *Schuler-Zgraggen v. Suiza*, 24 de junio de 1993, párr. 67, Serie A N° 263).

81. En este caso, el Gobierno adujo que la diferencia de trato dependía de una serie de factores. En primer lugar, los jurados se elegían del sector de la población profesional y económicamente activo. Además, en conformidad con el artículo 604 (3) de la CC, se podía otorgar una exención del servicio de jurado a aquellas personas que tuvieran que encargarse de cuidar a su familia. Más mujeres que hombres podían justificar el recurso a esta disposición. Por último, “por razones culturales”, los abogados defensores podrían haber tenido una tendencia a desafiar a los jurados femeninos (...).

82. La Corte duda de que los factores señalados por el Gobierno sean suficientes para explicar la discrepancia significativa en la distribución del deber de prestar servicio como jurado. Además, nota que el segundo factor y el tercero dan cuenta solamente de la cantidad de mujeres que efectivamente prestaron servicio como jurado, pero no explica el bajísimo número de mujeres inscriptas en las listas de candidatos a jurado. De todos modos, los factores señalados por el Gobierno solamente explican los mecanismos que llevaron a que se produjera la diferencia de trato sobre la que se presenta la demanda. No se presentó ante la Corte ningún argumento válido que proveyera una justificación adecuada para dicho trato. Específicamente, no se demostró que la diferencia de trato persiguiera una finalidad legítima ni que hubiera una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir.

83. Bajo la luz de lo precedente, la Corte establece que hubo una violación del artículo 14 tomado en conjunto con el artículo 4 párr. 3 (d) del Convenio.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE*

1. *Sostiene* por seis votos contra uno que el artículo 4 párr. 3 (d) es aplicable en este caso;

2. *Sostiene* por seis votos contra uno que hubo una violación del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 4 párr. 3 (d).

[...]

*NOTAS*

1 “aquello que no es considerado como ‘trabajo forzado u obligatorio’”. (En francés en el original).

*Corte Europea de DDHH*

*DH vs. República Checa*

*Demanda N° 57325/00*

*Sentencia del  
13 de noviembre de 2007*



[...]

## LOS HECHOS

[...]

12. Según los documentos disponibles (...) del Consejo de Europa, los gitanos son originarios de las regiones situadas entre el noroeste de la India y la meseta iraní. Los primeros trazos escritos de su llegada a Europa se remontan al siglo XIV. Hoy en día se cuentan entre ocho a diez millones de gitanos en Europa. Están presentes en la casi totalidad de Estados miembros del Consejo de Europa: en ciertos países de la Europa central y oriental representan más del 5% de la población. La mayor parte hablan romaní, lengua indoeuropea comprendida por una gran parte de los gitanos de Europa a pesar de sus numerosas variantes. En general, los gitanos hablan también la lengua dominante de la región donde viven, o varias lenguas.

13. A pesar de estar presentes desde el siglo XIV, los gitanos no son reconocidos por las sociedades mayoritarias como un pueblo. A lo largo de la historia han sufrido rechazo y persecuciones, que culminaron con el intento de exterminio perpetrado por los nazis, que consideraban a los gitanos como una raza inferior. Este rechazo secular, en la actualidad tiene como resultado que los gitanos viven muy a menudo en condiciones muy difíciles, con frecuencia al margen de las sociedades del país en que están instalados y que su participación en la vida pública está extremadamente limitada.

14. En la República checa, los gitanos se benefician del estatus de minoría nacional, que les confiere derechos específicos propios de las minorías nacionales. El Consejo encargado de las minorías nacionales, órgano consultivo del Gobierno checo, sin competencias ejecutivas, es quien tiene la tarea de defender los intereses de las minorías nacionales, y por tanto, los de la minoría gitana.

En cuanto al número actual de gitanos en la República checa, existe un desfase entre las estadísticas oficiales basadas en los censos y las estimaciones. Según éstas últimas, disponibles en internet en la página del Consejo del Gobierno checo a cargo de las minorías nacionales, en la actualidad existirían entre 150.000 y 300.000 personas pertenecientes a la minoría gitana.

[...]

16. Según la ley N° 29/1984 sobre escuelas, aplicable en el presente asunto, las escuelas especiales constituían una categoría de escuelas especializadas y estaban destinadas a niños que presentaban deficiencias mentales, que no podían ser formados en escuelas primarias "ordinarias" o especializadas. En virtud de la mencionada ley, la derivación hacia tal establecimiento era decidido por el director de la escuela, en base al resultado de un test de capacidades intelectuales del niño realizado en un centro de orientación psicopedagógica, y bajo consentimiento de su representante legal.

[...]

18. De acuerdo con los datos proporcionados por los demandantes y resultantes de las respuestas a los cuestionarios enviados a los directores de las escuelas especiales (ocho) y primarias (sesenta y nueve) de la ciudad de Ostrava en 1999, el número total de estudiantes matriculados en escuelas especiales en Ostrava ascendía a 1.360, de los que 762 (es decir el 56%) eran gitanos. Por otro lado, los gitanos sólo representaban el 2.26% del total de 33.372 alumnos que asistían a escuelas primarias en Ostrava. Además, mientras que sólo el 1.8% de alumnos no gitanos estaban matriculados en escuelas especiales, el porcentaje de gitanos en Ostrava orientado a estas escuelas ascendía a un 50.3%. Por lo tanto, un niño gitano en Ostrava tendría 27 veces más probabilidades de terminar en una escuela especial que un niño no gitano.

Según los datos recogidos por el Observatorio europeo de fenómenos racistas y xenófobos (en adelante la Agencia de derechos humanos de la Unión europea), más de la mitad de los niños gitanos en la República checa acuden a escuelas especiales.

El Comité Consultivo del Convenio-marco para la protección de minorías nacionales observa en su informe de 26 de octubre de 2005 que, según las estimaciones no oficiales, los gitanos representan hasta el 70% de los alumnos matriculados en las escuelas especiales.

Finalmente, según datos comparados recogidos por la OCDE en 1999 sobre quince países, (...) la República Checa se ubica en el segundo lugar en la derivación de niños con deficiencias físicas a escuelas especiales y, en el tercer lugar en la escolarización en establecimientos especiales de niños con dificultades de aprendizaje. Por lo tanto, entre los ocho países que han proporcionado información sobre la escolarización de niños cuyas dificultades se encuentran en factores sociales, la República Checa sería la única que recurre a escuelas especiales, el resto de países matricularía casi exclusivamente a estos niños en escuelas ordinarias.

19. Entre 1996 y 1999, los demandantes fueron inscriptos, tras cierto lapso de tiempo pasado en escuelas primarias, en escuelas especiales en Ostrava.

20. (...) [L]os padres de los demandantes habían consentido la inscripción de los niños hacia una escuela especial, incluso habían solicitado expresamente dicha medida. El consentimiento se expresó mediante la firma de un formulario previamente rellenado. En el caso de los demandados mencionados con los números 12 y 16, los datos que figuran en los formularios son posteriores a los de las decisiones por las que los interesados fueron colocados en escuelas especiales; en ambos casos este dato está corregido con lápiz, una vez con una nota de la instructora invocando un error de teclado.

La inscripción fue posteriormente decidida por los directores de las escuelas especiales en cuestión, teniendo en cuenta las recomendaciones de los centros de asesoramiento psicopedagógico en las que los demandantes habían realizado los test psicológicos. Los expedientes escolares contienen un informe del mencionado examen, con los resultados de los test comentados por el examinados, los dibujos realizados por los interesados y, en varios casos, un cuestionario destinado a los padres.

Las decisiones por escrito del mencionado ingreso fueron notificadas a los padres de los demandantes. La resolución contenía una instrucción sobre la posibilidad de apelar, posibilidad que no aprovechó ninguno de los interesados.

[...]

#### **1. Recurso de nuevo examen al margen del procedimiento de apelación**

23. El 15 de junio de 1999, los demandantes, a excepción de aquellos que figuran en el anexo con los números 1, 2, 10 y 12, enviaron a la oficina de las escuelas de Ostrava una solicitud de un nuevo examen al margen del procedimiento de apelación de las resoluciones administrativas relativas a su colocación en escuelas especiales. Los demandantes afirmaban que su capacidad intelectual no había sido testada de forma fiable y que sus representantes no habían sido informados suficientemente de las consecuencias de su consentimiento para la colocación en escuelas especiales; pedían pues la anulación de las resoluciones impugnadas alegando que éstas no cumplían con las exigencias de la Ley y vulneraban su derecho a la instrucción sin discriminación.

24. El 10 de septiembre de 1999, la oficina de las escuelas hizo saber a los demandantes que, siendo las resoluciones impugnadas conformes a la legislación, no se reunían en

este caso las condiciones para entablar un procedimiento al margen de la instancia de apelación.

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

124. Los demandantes mantienen haber sufrido discriminación basada en su raza o su origen étnico siendo objeto de un trato menos favorable que aquel reservado a otros niños que se encuentran en una situación comparable, sin que haya habido la mínima justificación objetiva y razonable. Invocan en este sentido el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo N° 1 que disponen:

Artículo 14 del Convenio

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

Artículo 2 del Protocolo N° 1

“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

[...]

### **1. Principios aplicables**

175. Según la jurisprudencia del Tribunal, la discriminación consiste en tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones comparables (*Willis contra Reino Unido*, N° 36042/97, párr. 48, TEDH 2002 IV, *Okpiz contra Alemania*, N° 59140/00, párr. 33, 25 de octubre de 2005). Sin embargo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar grupos de manera diferente para corregir “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en determinadas circunstancias, es la ausencia de un trato diferencial para corregir una desigualdad que puede, sin justificación objetiva y razonable suponer la

violación de la disposición en cuestión (caso “sobre determinados aspectos del régimen de la lengua de la educación en Bélgica” contra Bélgica (fondo), 23 de julio de 1968, p. 34, párr. 10, serie A N° 6); *Thlimmenos contra Grecia* GS, N° 34369/97, párr. 44, TEDH 2000-IV. *Stec y otros contra Reino Unido* GS, N° 65731/01, párr. 51, TEDH 2006 VI). El Tribunal también admitió que podría considerarse como discriminatoria una política o una medida general que tuviera efectos perjudiciales desproporcionados para un grupo de personas, aunque no tratara específicamente ese grupo (*Hugh Jordan*, ya mencionado, párr. 154); *Hoogendijk*, ya citado), y que una discriminación potencialmente contraria al Convenio podría ser el resultado de una situación de hecho (*Zarb Adami*, ya citado, párr. 76).

176. La discriminación basada, entre otras cosas, en el origen étnico de una persona constituye una forma de discriminación racial. Es discriminación especialmente reprochable que, teniendo en cuenta sus consecuencias peligrosas, requiere vigilancia especial y una reacción vigorosa por parte de las autoridades. Por esta razón tienen el deber de utilizar todos los medios a su disposición para combatir el racismo, fortaleciendo así la concepción que la democracia tiene de la sociedad, y percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza (...). Por otra parte, el Tribunal consideró que, en la sociedad democrática de hoy basada en los principios de pluralismo y respeto hacia las diferentes culturas, no estaba objetivamente justificada ninguna diferencia de trato basado únicamente o en una medida determinante en el origen étnico de una persona (*Timichev*, ya citado, párr. 58).

177. Respecto a la carga de la prueba en este asunto, el Tribunal ya ha determinado que, cuando un demandante ha establecido la existencia de una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que esta diferencia de trato estaba justificada (...).

178. Respecto a los medios de prueba susceptibles de constituir tal indicio de prueba y por tanto, de transferir la carga de prueba al Estado demandado, el Tribunal ha señalado (...) que, en el marco del procedimiento ante él, no existe ningún obstáculo procesal a la admisibilidad de los elementos de prueba ni formulas predefinidas aplicables a su valoración. En efecto, el Tribunal adopta las conclusiones que, en su opinión, están respaldadas por una valoración independiente de todas las pruebas, incluyendo las deducciones que pueden sacar de los hechos y las observaciones de las partes. Conforme a la jurisprudencia establecida del Tribunal, la evidencia puede resultar también de un cúmulo de indicios o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y coherentes. Además, el grado de convicción necesaria para llegar a una conclusión en concreto y, en este sentido, la distribución de la carga de la prueba está intrínsecamente ligado a la especificidad de los hechos, la naturaleza de la acusación y el derecho convencional en juego.

179. Además, el Tribunal ha admitido que el procedimiento establecido por el Convenio no se prestaba siempre a una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* la prueba recae sobre el que la afirma (*Aktas contra Turquía*, N° 24351/94, párr. 272, TEDH 2003 V). De hecho, en determinadas circunstancias, cuando los hechos en cuestión son conocidos en su totalidad o en gran parte, exclusivamente por las autoridades, la carga de la prueba según el Tribunal, recae en las autoridades, que deben proporcionar una explicación satisfactoria y convincente (...).

180. Respecto a la cuestión de saber si los datos estadísticos pueden ser considerados como un medio de prueba, el Tribunal ha declarado en el pasado que las estadísticas no eran suficientes en si mismas para poder señalar una práctica como discriminatoria (...). No obstante, en los asuntos de discriminación más recientes, donde los demandantes alegaban que la discriminación en causa era el resultado de una diferencia en el efecto de una medida general o de una situación de hecho (...), el Tribunal se ha basado en gran medida en las estadísticas proporcionadas por las partes para establecer la existencia de una diferencia de trato entre dos grupos (en el presente caso hombres y mujeres) que se encontraban en una situación similar.

[...]

181. Finalmente se deduce de la jurisprudencia del Tribunal que la vulnerabilidad de los Roma/gitanos implica acordar una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el marco reglamentario considerado como en la toma de decisiones en los casos particulares (...).

[...]

## 2. Aplicación de los mencionados principios al presente asunto

182. El Tribunal señala que, del hecho de sus vicisitudes y su desarraigo perpetuo, los gitanos constituyen una minoría desfavorecida y vulnerable con un carácter particular (véanse también las Observaciones Generales de Recomendación N° 1203 (1993) de la Asamblea parlamentaria sobre los gitanos en Europa, apartado 56 ya citado, y el punto 4 de la Recomendación N° 1557 (2002) sobre la situación jurídica de los gitanos en Europa, párr. 58,). Por lo tanto, están necesitados de una protección especial, según lo indicado por el Tribunal en su jurisprudencia anterior (...). Tal como testimonian las actividades de numerosos organismos europeos e internacionales, incluyendo las recomendaciones de los órganos del Consejo de Europa (...), esta protección también se extiende a la esfera

de la educación. Este caso, por tanto, merece especial atención, especialmente dado que en el momento de presentación ante el Tribunal los demandantes eran menores de edad para quienes el derecho a la educación era un interés primordial.

183. En el presente caso, los demandantes no alegan que estaban en una situación diferente de la de los niños no-gitanos, llamando a un tratamiento diferente, ni se quejan de que el Estado demandado no adoptó medidas positivas para corregir las desigualdades o diferencias fácticas (...). Alegan que todo lo que debe quedar establecido es que sufrieron, sin una justificación objetiva y razonable, un trato menos favorable que el reservado a los no gitanos en una situación comparable, y que esta situación suponía en este caso una discriminación indirecta.

184. En el pasado el Tribunal ya ha admitido que una diferencia de trato también podía consistir en el efecto perjudicial desproporcionado de una política o de una medida que, aunque formulada de forma neutra, tenga un efecto discriminatorio sobre un grupo (...). De conformidad, por ejemplo con las Directivas 97/80/CE et 2000/43/CE del Consejo (...) así como por la definición dada por la ECRI (párr. 60), tal situación se analiza en una "discriminación indirecta" que no exige necesariamente que exista una intención discriminatoria.

**a) Sobre la existencia en el presente caso de una presunción de discriminación indirecta**

185. Las partes están de acuerdo en decir que la diferencia de trato en litigio no era consecuencia de la redacción de las disposiciones legales relativas a la asignación en escuelas especiales, tal como estaban en vigor en la época de los hechos. Por tanto, la cuestión que se plantea en este caso es la de saber si la aplicación de esta legislación en la práctica condujo a un número injustificado de inscripciones de niños gitanos, entre ellos los demandantes, hacia escuelas especiales, y si estos niños fueron asignados a estas escuelas en situación de franca desventaja.

186. Como ha mencionado anteriormente, el Tribunal ya ha reconocido las dificultades que pueden encontrar los demandantes cuando se trata de probar la existencia de un trato discriminatorio (...). Para garantizar una protección efectiva de sus derechos a las personas implicadas, en caso de alegar discriminación indirecta, se imponen reglas de prueba menos estrictas.

188. En esas circunstancias, el Tribunal considera que, cuando se trata de evaluar el impacto de las medidas o prácticas sobre un individuo o un grupo, las estadísticas que, después de haber sido sometidas a un examen crítico del Tribunal, parecen fiables y suficientemente significativas para constituir un indicio de prueba a aportar por el demandante. Esto no significa, sin embargo, que la presentación de estadísticas sea esencial para demostrar la discriminación indirecta.

189. Si se establece una presunción de discriminación relacionada con el efecto de la medida o práctica por parte del demandante alegando una discriminación indirecta, entonces corresponde al Estado demandado refutar esta presunción demostrando que la diferencia en cuestión no es discriminatoria (...). De hecho, visto en concreto la especificidad de los hechos y la naturaleza de las acusaciones en tales casos (...), sería en la práctica sumamente difícil para las partes interesadas probar la discriminación indirecta sin tal reversión de la carga de la prueba.

190. En este caso, los datos estadísticos presentados por los solicitantes fueron obtenidos a partir de los cuestionarios enviados en 1999 a los directores de las escuelas especiales y primarias de la ciudad de Ostrava. Indican que, al tiempo, el 56% de todos los estudiantes asignados a escuelas especiales en Ostrava eran gitanos; por el contrario, los gitanos representaban sólo el 2.26% del número total de alumnos que asisten a escuelas primarias en Ostrava. Además, mientras que sólo el 1.8% de los alumnos no gitanos estaban matriculados en escuelas especiales, el porcentaje de todos los gitanos de Ostrava orientados a estas escuelas ascendía al 50.3%. Según el Gobierno, estas cifras no son lo suficientemente concluyentes porque reflejan solamente las opiniones subjetivas de los directores de las escuelas. El Gobierno también señala que no existe ninguna información oficial sobre el origen étnico de los alumnos y que la región de Ostrava es una de las regiones con un mayor número de ciudadanos gitanos.

191. La Gran Sala observa que dichos datos no son controvertidos por el Gobierno, que además no ha presentado otras estadísticas. Teniendo en cuenta el argumento del Gobierno de que no existe ninguna información oficial sobre el origen étnico de los estudiantes, el Tribunal reconoce que las estadísticas presentadas por los demandantes pueden no ser totalmente fiables. En su opinión, estas cifras muestran sin embargo la tendencia predominante, confirmada tanto por el Estado demandado como por los órganos de control independiente que opinaron sobre la cuestión.

192. En efecto, en los informes que han presentado de conformidad con el artículo 25.1 del Convenio marco para la protección de las minorías nacionales, las autoridades checas

admitieron, en 1999, que algunas escuelas especiales contaban con un 80% a 90% de niños romaníes (...), y prosiguió que en 2004 un "gran número" de niños gitanos continuaban siendo orientados hacia las escuelas especiales (...). El Comité Consultivo del mencionado Convenio marco observó en su informe de 26 de octubre de 2005 que, según estimaciones no oficiales, la población romaní representaba hasta el 70% de los estudiantes matriculados en escuelas especiales. Según el informe de la ECRI publicado en el año 2000, los niños gitanos estaban "ampliamente representados" en las escuelas especiales. El Comité para la eliminación de la discriminación racial, por su parte, observó en sus conclusiones del 30 de marzo de 1998, que un número "desproporcionado" de niños gitanos eran asignados a escuelas especiales (...). Finalmente, según los datos recogidos por el Observatorio europeo de fenómenos racistas y xenófobos, más de la mitad de los niños gitanos en la República checa acudía a escuelas especiales.

193. En opinión del Tribunal, se deduce de estos últimos datos, que no se refieren únicamente a la región de Ostrava y proporcionan por lo tanto una imagen más general, que, aunque el porcentaje exacto de los niños gitanos asignados en el momento de los hechos, a escuelas especiales sigue siendo difícil de establecer, su número era desproporcionadamente alto. Además, las escuelas especiales contaban mayoritariamente con niños gitanos. A pesar de su neutralidad, las disposiciones legales, tuvieron de facto un impacto mucho mayor sobre los niños gitanos que sobre los no gitanos, llevando a una escolarización estadísticamente desproporcionada de los primeros en escuelas especiales.

194. La Gran Sala considera que, cuando se ha demostrado tal efecto discriminatorio de la legislación, no es necesario, en la esfera de la educación como en las esferas de la prestación de otros servicios o empleo (...) demostrar que las autoridades tenían una intención discriminatoria (...).

195. En estas circunstancias, los elementos de prueba presentados por los demandantes pueden considerarse suficientemente fiables y reveladores para dar lugar a una fuerte presunción de discriminación indirecta. Por lo tanto, es necesario invertir la carga de la prueba y colocarla sobre el Gobierno, que debe demostrar que esta diferencia de efecto de la legislación era el resultado de factores objetivos que no estaban relacionados con el origen étnico.

#### **b) Sobre la existencia de una justificación objetiva y razonable**

196. El Tribunal recuerda que una distinción es discriminatoria si "carece de justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un "objetivo legítimo" o si no existe "una relación razonable de proporcionalidad" entre los medios empleados y el objetivo

perseguido (...). En caso de diferencia de trato basada en la raza, color u origen étnico, el concepto de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la manera más estricta posible.

197. En el presente caso, el Gobierno se esfuerza en explicar la diferencia de trato entre los niños gitanos y no gitanos invocando la necesidad de adaptar el proceso educativo a las capacidades de los niños con necesidades especiales. En su opinión, los demandantes fueron asignados a escuelas especiales debido a sus necesidades educativas específicas, esencialmente a su capacidad intelectual, cuyo nivel había sido establecido mediante tests psicológicos realizados en los centros de orientación psicopedagógica. Después de que estos centros hubieran formulado sus recomendaciones sobre el tipo de escuela hacia la que los demandantes debían ser orientados, la decisión final correspondía a los padres de estos últimos, que, en el presente caso, dieron su consentimiento a la inscripción en una escuela especial. Por lo tanto no puede mantenerse que la escolarización de los interesados en estos establecimientos estuviera motivada por su origen étnico.

Los demandantes, por el contrario, contestan que el número desmesuradamente alto de alumnos gitanos asignados a escuelas especiales pueda ser explicado por los resultados de los tests de inteligencia o justificarse por el consentimiento de los padres.

198. El Tribunal reconoce que, manteniendo el sistema de escuelas especiales, el Estado acusado estuvo movido por la voluntad de encontrar una solución para los niños con necesidades educativas especiales. Comparte no obstante, las preocupaciones de otros organismos del Consejo de Europa que expresaron sus inquietudes en cuanto a la programación de un nivel inferior seguido por estas escuelas y, en particular, en cuanto a la segregación creada por este sistema.

199. La Gran Sala observa a continuación que la cuestión de los tests utilizados para evaluar las aptitudes o dificultades de aprendizaje de los niños plantea controversias y continúa siendo objeto de debates e investigaciones científicas. En el presente caso, admitiendo que no le corresponde pronunciarse sobre esta cuestión, constata no obstante la existencia de diversos elementos que le permiten concluir que los resultados de los tests tal como fueron realizados en su momento no constituyen una justificación objetiva y razonable en el sentido del artículo 14 del Convenio.

200. En primer lugar, las partes no se oponen a que todos los niños examinados, independientemente de su origen étnico fueron sometidos a los mismos tests. Las mismas autoridades checas reconocieron en 1999 que los "niños gitanos dotados de una inteli-

gencia media o superior a la media” eran a menudo asignados a escuelas especiales tras los tests psicológicos y que estos tests estaban concebidos para la población mayoritaria y no tenían en cuenta las particularidades de los gitanos (...). Esto les ha llevado a continuación a revisar estos tests y la metodología utilizada para evitar una “utilización abusiva en detrimento de los niños gitanos” (...).

Además, varias organizaciones independientes han expresado dudas sobre el carácter adecuado de dichos tests. Así, el Comité Consultivo del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales observó que los niños que no sufrían una deficiencia mental a veces eran colocados en escuelas especiales “debido a una diferencia cultural o lingüística real o supuestas con respecto a la mayoría”. En este contexto, también destacó la necesidad de garantizar que los tests realizados eran “metódicos, objetivos y en profundidad” (...). La ECRI, por su parte, señaló que la orientación de los niños gitanos hacia las escuelas especiales para niños con retraso mental a menudo era “casi automática”, lo que requería verificar que los tests realizados eran “justos” y que la capacidad de cada niño se “evaluaba correctamente” (...). Según el Comisario del derechos humanos del Consejo de Europa, los niños gitanos eran colocados a menudo en las clases para estudiantes con necesidades especiales, “sin una evaluación psicológica o pedagógica adecuada, siendo el criterio real su origen étnico” (...).

Finalmente, en opinión de algunas partes intervinientes, la orientación escolar que intervenía a la luz de los resultados de las pruebas psicológicas refleja los prejuicios raciales de la sociedad en cuestión.

201. Para el Tribunal, existe al menos el riesgo de que las pruebas en cuestión estén pre-juzgadas y que sus resultados no se lean teniendo en cuenta las particularidades y las características específicas de los niños gitanos que las realizan. En estas condiciones, estas pruebas no pueden servir como una justificación para la diferencia de trato en cuestión.

202. Con respecto al consentimiento de los padres, el Tribunal observa que, según el Gobierno, este sería el elemento decisivo, sin el cual la asignación de los demandantes a las escuelas especiales no habría ocurrido. Habiéndose establecido una diferencia de trato en el presente caso, dicho consentimiento, por tanto, significaría la aceptación de esta diferencia, que era discriminatoria, es decir, la renuncia al derecho a no ser discriminado. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal requiere, no obstante que la renuncia a un derecho garantizado por el Convenio - siendo lícita - se establezca de manera inequívoca, que tenga lugar con conocimiento de causa, es decir, en base a un consentimiento informado (...) y que sea efectuada sin presión (...).

203. En las circunstancias del caso, el Tribunal no está convencido de que los padres de los niños gitanos, como miembros de una comunidad desfavorecida y a menudo sin educación, fueran capaces de evaluar todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. El mismo Gobierno ha admitido que el consentimiento en este caso revestía la forma de una firma sobre un formulario previamente relleno, que no contenía ninguna información sobre otras posibles opciones o sobre las diferencias entre el programa de las escuelas especiales y el de otras escuelas. No parece que las autoridades nacionales hayan tomado medidas adicionales para garantizar que estos padres habían recibido toda la información necesaria para tomar una decisión informada y que eran conscientes de las consecuencias de su consentimiento para el futuro de sus hijos. Además, parece indiscutible que los padres gitanos en aquel momento se encontraban enfrentados ante un dilema: debían elegir entre las estructuras de educación general que carecían de los medios necesarios para tener en cuenta las diferencias sociales y culturales de sus hijos y, donde estos últimos podrían encontrarse aislados y sometidos al ostracismo, y estructuras de educación especial en las que la mayoría de los alumnos eran gitanos.

204. Recordando la importancia fundamental de la prohibición de la discriminación racial (*Nachova y otros*, ya citada, párr. 145; *Timichev*, ya citado, párr. 56) la Gran Sala considera que, incluso suponiendo que las condiciones enunciadas en el apartado 202 se cumplieran, no podría admitirse la posibilidad de renunciar al derecho a no ser objeto de tal discriminación. De hecho, esta renuncia se supone afectaría el interés público (...).

### c) Conclusión

205. Como se refleja en los trabajos de la ECRI y en el informe del Comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, existen dificultades en la escolarización de los niños gitanos no sólo en la República checa sino también en otros Estados europeos. El Tribunal señala con satisfacción que, a diferencia de algunos países, la República checa ha decidido abordar este problema. Reconoce que el Estado demandado, en sus esfuerzos para integrar social y educativamente al grupo desfavorecido que representan los gitanos, se enfrenta a numerosas dificultades, incluyendo las especificidades culturales de esta minoría y una cierta hostilidad de los padres de los niños no gitanos. Como afirmó la sala en su decisión sobre la admisibilidad de la presente demanda, la elección entre dos escuelas únicas para todo el mundo, las estructuras especializadas de las escuelas o las estructuras integradas con secciones especializadas representa un difícil ejercicio de equilibrio entre los diversos intereses en juego. En cuanto a la definición y el desarrollo del programa de estudios, se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse (...).

206. No es menos cierto que cada vez que se reconoce a las autoridades nacionales un margen de apreciación susceptible de vulnerar el respeto a un derecho protegido por el Convenio, conviene examinar las garantías procesales disponibles al individuo para determinar si el Estado demandado no ha fijado el marco reglamentario más allá de los límites de su competencia (...).

207. Se deduce de los hechos del caso que el proceso de escolarización de los niños gitanos no se ha rodeado de las garantías (...) que permitan asegurar que, en el ejercicio de su margen de discreción en la esfera de la educación, el Estado tuvo en cuenta las necesidades específicas de estos niños y niñas derivadas de su posición de desventaja (...). Además, al final de este proceso, los interesados fueron asignados a escuelas para niños con discapacidad mental, cuyo programa era de un nivel más bajo que el de las escuelas ordinarias, y en donde estaban aislados de la población mayoritaria. Por lo tanto, recibieron una educación que acentuó sus dificultades y comprometió su progreso personal futuro en lugar de abordar sus verdaderos problemas, ayudándoles después a integrarse en las escuelas ordinarias y desarrollar capacidades que les faciliten la vida en el seno de la población mayoritaria. El mismo Gobierno ha admitido implícitamente que las posibilidades de encontrar trabajo para los alumnos que han acudido a escuelas especiales es más limitada.

208. En estas condiciones, el Tribunal, reconociendo los esfuerzos realizados por las autoridades checas para escolarizar a los niños gitanos, no está convencido de que la diferencia de trato existente entre los alumnos gitanos y los no gitanos repose en una justificación objetiva y razonable y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. En este sentido, señala con interés que la nueva legislación ha suprimido las escuelas especiales y que contiene disposiciones relativas a la educación en el seno de las escuelas ordinarias de niños con necesidades educativas especiales, incluyendo los niños socialmente desfavorecidos.

209. El Tribunal considera finalmente que, dado que se ha establecido que la aplicación de la legislación pertinente en la época de autos tenía efectos perjudiciales desproporcionados en la comunidad gitana, los demandantes, en tanto miembros de esta comunidad necesariamente sufrieron el mismo trato discriminatorio. Esta conclusión dispensa al Tribunal de pronunciarse sobre los casos individualmente.

210. En consecuencia, en el presente caso ha existido violación del artículo 14 en relación con el artículo 2 del Protocolo N° 1 en la reclamación de cada uno de los demandantes.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL*

[...]

2. *Sostiene*, por trece votos a cuatro que ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo N° 1;

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Glor vs. Suiza*

*Demanda N° 13444/04*

*Sentencia del  
30 de abril de 2009*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

10. El demandante nació en 1978 y reside en la comuna de Dällikon, situada en el cantón de Zúrich. Según declara, trabaja como conductor de camiones.

11. El 14 de marzo de 1997, un médico militar lo declaró incapacitado para prestar servicio militar debido a que padecía diabetes de tipo 1 (diabetes sacarina).

[...]

14. El 9 de agosto de 2001, las autoridades del cantón de Zúrich a cargo del impuesto de exención al servicio militar enviaron al demandante la orden de abonar el impuesto correspondiente al año 2000, que ascendía a 716 francos suizos (CHF) (aproximadamente 477 euros) según sus ingresos imponibles de dicho período (CHF 35 800, aproximadamente 23,866 euros).

15. En una carta fechada el 11 de septiembre de 2001, el demandante recusó la exigencia de pagar el impuesto, puesto que consideraba que estaba siendo víctima de discriminación. Señaló que siempre había manifestado su voluntad de prestar servicio militar.

16. El 20 de septiembre de 2001, las autoridades fiscales federales informaron al demandante de que todos los hombres suizos que no padecían una discapacidad “significativa” debían abonar un impuesto a fin de quedar exentos de prestar servicio militar. Explicaron, además, que la discapacidad calificaba como “significativa” si alcanzaba un grado de, al menos, el 40 %, ya sea mental o física. Consideraron que era necesario realizar más estudios para determinar si la discapacidad del demandante cumplía con dicho requisito.

17. Tras hacerle un estudio al demandante el día 14 de mayo de 2002, un médico del Hospital Universitario de Zúrich concluyó que, en la mayor parte de los casos, el tipo de diabetes que padecía el demandante no incapacitaba para trabajar a quienes la padecían.

18. En otro estudio médico realizado el 5 de mayo de 2003, un médico militar declaró que el grado de discapacidad física del demandante era inferior al 40 %.

19. El 15 de julio de 2003, las autoridades del cantón de Zúrich a cargo del impuesto de exención al servicio militar decidieron, conforme los resultados de los dos estudios médicos más recientes, que el demandante no calificaba para obtener la exención impositiva puesto que su grado de invalidez era inferior al 40 %. (...).

[...]

## EL DERECHO

[...]

44. El demandante declaró ser víctima de trato discriminatorio porque se le negó la posibilidad de prestar servicio militar a pesar de haber manifestado su voluntad de hacerlo y, a modo de compensación, se lo obligó a abonar el impuesto de exención porque las autoridades competentes no consideraban que su discapacidad fuera significativa. Por lo tanto, la demanda debe analizarse en el marco del artículo 14 del Convenio, que indica:

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

### I. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO EN CONJUNTO CON EL ARTÍCULO 8

71. La Corte reitera que el artículo 14 del Convenio brinda amparo contra el trato discriminatorio en el goce de las libertades y los derechos protegidos por las otras disposiciones sustantivas del Convenio y sus Protocolos. Sin embargo, no toda diferencia de trato equivale a una violación del artículo, sino que debe establecerse que otras personas en situaciones análogas o similares a fines prácticos gozan de trato preferencial, y que dicha distinción es de carácter discriminatorio (véanse, por ejemplo, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society vs. Reino Unido*, fallo del 23 de octubre de 1997, párr. 88, *Reports 1997 VII*, y *Zarb Adami vs. Malta*, N° 17 209/02, párr. 71, ECHR 2006-VIII).

72. Según la jurisprudencia de la Corte, una diferencia de trato es discriminatoria en el marco de lo establecido en el artículo 14 si se realiza sin ninguna justificación objetiva o razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el

ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio no solo debe perseguir una finalidad legítima; también se viola el artículo 14 cuando se demuestra con claridad que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir (véanse, por ejemplo, *Zarb Adami*, citado anteriormente, párr. 72; *Stec y Otros vs. Reino Unido* [GC], Nº 65 731/01, párr. 51, ECHR 2006-VI; *Petrovic vs. Austria*, fallo del 27 de marzo de 1998, párr. 30, *Reports* 1998 II; y *Lithgow y Otros vs. Reino Unido*, fallo del 8 de julio de 1986, párr. 177, Serie A, Nº 102).

[...]

74. Los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al evaluar si y hasta qué punto las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican la diferencia de trato. El alcance del margen de apreciación varía según las circunstancias, el tema y sus antecedentes (véanse *Fretté vs. Francia*, Nº 36 515/97, párr. 40, ECHR 2002 I; *Stec y Otros*, citado anteriormente, párr. 52; *Rasmussen vs. Dinamarca*, fallo del 28 de noviembre de 1984, párr. 40, Serie A Nº 87; e *Inze vs. Austria*, fallo del 28 de octubre de 1987, párr. 41, Serie A Nº 126).

75. (...) Uno de los factores relevantes para determinar el alcance del margen de apreciación del que gozan las autoridades puede ser la (no) existencia de bases en común entre las leyes de los Estados Contratantes (véanse *Rasmussen*, citado anteriormente, párr. 40, y, *mutatis mutandis*, *The Sunday Times vs. Reino Unido* (Nº 1), fallo del 26 de abril de 1979, párr. 59, Serie A, Nº 30).

**(b) Aplicación de dichos principios al caso en cuestión**

**(i) Consideraciones sobre si hubo diferencia de trato entre personas en situaciones similares**

[...]

79. La Corte reitera que el demandante no cumplió con el servicio militar porque el médico militar competente lo había declarado incapacitado. En consecuencia, se le exigió pagar el impuesto de exención, como a todas las personas en su situación a excepción de quienes padecían una discapacidad significativa y quienes prestaban servicio civil a modo de compensación. Sin embargo, solo los objetores de conciencia podían optar por el servicio civil, situación por la que el demandante presenta esta demanda.

80. La Corte considera que, en este caso, hay un ejemplo dual de diferencia de trato entre personas en situaciones similares. Como la lista de causas posibles de distinción que brinda el artículo 14 no es exhaustiva (“o cualquier otra situación»; véase *Stec y Otros*, citado anteriormente, párr. 50), no cabe duda de que el alcance de esta disposición incluye la discriminación basada en discapacidades. Queda por analizar si los motivos que justifican tal diferencia de trato fueron objetivos y razonables.

*(ii) Consideraciones sobre si hubo una justificación objetiva y razonable*

**(α) Justificación objetiva**

81. Según el gobierno, la distinción perseguía un fin legítimo: restablecer una suerte de igualdad entre quienes prestaban servicio militar y civil y quienes quedaban exentos de hacerlo. El impuesto en cuestión buscaba compensar las obligaciones y los esfuerzos que no realizaban quienes quedaban exentos de prestar servicio militar o civil. El demandante, sin embargo, manifestó estar en desacuerdo.

82. La Corte toma nota que el objetivo del derecho suizo es establecer una suerte de igualdad entre quienes prestan servicio militar o civil y quienes quedan exentos de hacerlo. Por lo tanto, debe evaluar si hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir. Para ello, la Corte debe analizar si las autoridades y los tribunales suizos alcanzaron un equilibrio entre la protección de los intereses de la comunidad y el respeto de las libertades y los derechos amparados por el Convenio.

**(β) Justificación razonable**

*Margen de apreciación del que gozan las autoridades*

83. La Corte observa que, en Suiza, deben abonar un impuesto todos los ciudadanos hombres que, por cualquier motivo, se encuentren incapacitados para prestar servicio militar obligatorio y no presten servicio civil a modo de compensación, a menos que padezcan una discapacidad significativa. La Corte, a sabiendas de que este hecho por sí solo no alcanza para analizar la demanda en el marco del artículo 14 del Convenio, observa que este tipo de impuesto, que deben abonar incluso los hombres incapacitados para prestar servicio militar a causa de una discapacidad física, parece no existir en otros países, al menos en Europa (...).

84. La Corte también considera que obligar al demandante a abonar el impuesto mencionado habiéndole negado la posibilidad de prestar servicio militar (o civil) podría resultar contradictorio con la necesidad de evitar la discriminación de personas con discapacidades y de fomentar su participación e integración plenas en la sociedad. Así las cosas, el margen de apreciación del que gozan los Estados queda reducido significativamente para determinar diferencias de trato legales en el caso de personas que sufren discapacidades.

### Intereses en juego

#### *Intereses públicos del Estado demandado*

85. La Corte debe sopesar los intereses en juego. En primer lugar, respecto del interés legítimo del gobierno de recaudar el impuesto de exención, la Corte observa que la única justificación propuesta por el gobierno para la legislación en cuestión es mantener una suerte de igualdad entre quienes prestan servicio militar o civil y quienes están exentos de hacerlo. No obstante, en el caso en cuestión, las autoridades declararon al demandante incapacitado para prestar servicio a pesar de que él manifestara su voluntad de hacerlo. Ante tal situación, la Corte no está convencida de que responda al interés de la comunidad obligar a un hombre a abonar un impuesto para compensar su incumplimiento con el servicio militar. La Corte no considera que la contribución financiera exigida sea, en efecto, un instrumento de compensación adecuado en este caso (véase, *mutatis mutandis*, *Karlheinz Schmidt vs. Alemania*, fallo del 18 de julio de 1994, párr. 28, Serie A N° 291 B).

[...]

87. Por otro lado, según las cifras presentadas por las partes (...), resulta que más del 40 % de los suizos fueron declarados incapacitados para prestar servicio militar en los últimos años. Según la información de que dispone la Corte, el porcentaje de personas que recibían prestaciones por discapacidad no era significativo al momento de los hechos y, además, la gran mayoría de las personas con discapacidad que habían sido declaradas incapacitadas para prestar servicio tenían la obligación de abonar el impuesto de exención. Por lo tanto, la Corte considera que el ingreso generado por el impuesto de exención no es menor.

[...]

### **Falta de alternativas al impuesto**

94. La Corte considera que, para que una medida se considere proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, no debe haber otros medios para lograr el mismo objetivo que interfieran en menor medida con el derecho fundamental en cuestión. A ese respecto, la Corte observa que el demandante siempre manifestó su voluntad de prestar servicio militar pero que el médico militar lo declaró incapacitado. Según el gobierno, tal declaración se basaba en el hecho de que el demandante debía aplicarse cuatro inyecciones de insulina por día. La Corte tiene pleno conocimiento de que, en lo que respecta a la organización y la eficacia operativa de las fuerzas armadas, los Estados gozan de un determinado margen de apreciación (véase, *mutatis mutandis*, *Smith y Grady vs. Reino Unido*, N° 33,985/96 y 33,986/96, párr. 89, ECHR 1999 VI). Sin embargo, se pregunta por qué las autoridades no pusieron en vigencia formas especiales de prestar servicio para personas en situaciones similares a la del demandante, tales como actividades llevadas a cabo dentro de las fuerzas armadas pero que exigieran un esfuerzo físico menor y pudieran, por consiguiente, ser realizadas por personas en la situación del demandante. En algunos Estados, la ley dispone formas alternativas de servicio militar dentro de las fuerzas armadas para aquellas personas que padecen una discapacidad parcial. En la práctica, a estas personas se les asignan puestos adecuados para su grado de discapacidad y sus competencias laborales.

95. No puede negarse que el demandante también tenía la voluntad de prestar el servicio civil correspondiente en reemplazo del servicio militar. Según el derecho suizo, sin embargo, dicha opción se les ofrece solo a los objetores de conciencia, puesto que se considera que el servicio civil requiere las mismas cualidades físicas y mentales que el servicio militar. La Corte no acepta dicho argumento. Es cierto que en la gran mayoría de los Estados, el servicio civil compensatorio solo es una opción para los objetores de conciencia, al igual que en Suiza (...). No obstante, la Corte está convencida de que se pueden concebir fácilmente formas especiales de servicio civil ajustadas a las necesidades de las personas en la situación del demandante.

### **(c) Conclusión**

96. En conclusión, la Corte considera que, en este caso, las autoridades nacionales no lograron alcanzar un equilibrio entre el amparo de los intereses de la comunidad y el respeto por las libertades y los derechos garantizados por el Convenio al demandante, que no fue autorizado a prestar servicio militar ni civil sino que fue obligado a abonar el impuesto de exención. Para ello, tiene en cuenta las circunstancias particulares del caso,

entre ellas: la suma exigida —que, para el demandante, no era insignificante— y la cantidad de años durante los que le fue exigida; el hecho de que el demandante manifestó la voluntad de prestar servicio militar o civil; la falta de disposiciones en el derecho suizo que contemplen formas alternativas de prestar servicio para personas que se encuentren en la situación del demandante; y la función poco preponderante que cumplen actualmente los impuestos como forma de prevenir o compensar el incumplimiento con el servicio nacional obligatorio.

97. Bajo la luz del objetivo y los efectos del impuesto en cuestión y en relación con los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas, no parecen razonables las razones objetivas brindadas para justificar la distinción hecha por las autoridades nacionales entre las personas declaradas incapacitadas para prestar servicio y exoneradas del pago del impuesto, y las personas declaradas incapacitadas para prestar servicio y obligadas a abonarlo.

98. Así las cosas, el demandante fue víctima de trato discriminatorio y hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 8.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE, UNÁNIMEMENTE*

[...]

2. *Sostiene* que hubo una violación del artículo 14 del Convenio en conjunto con el artículo 8;

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Sedjic y Finci vs. Bosnia-Herzegovina*

*Demanda N° 27996/06 y 34836/06*

*Sentencia del  
22 de diciembre de 2009*



[...]

## LOS HECHOS

[...]

8. Los demandantes nacieron en 1956 y 1943, respectivamente. Han ocupado y siguen ocupando importantes cargos públicos. El señor Sejdic es en la actualidad el Monitor romaní de la misión de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en Bosnia y Herzegovina; habiéndose desempeñado previamente como miembro del Consejo Romaní de Bosnia-Herzegovina (el máximo órgano de representación de la comunidad romaní local) y miembro del Comité Asesor de Roma (órgano mixto formado por representantes de la comunidad romaní local y los ministerios competentes). El señor Finci actualmente se desempeña como Embajador de Bosnia y Herzegovina en Suiza, habiendo desarrollado distintas funciones, concretamente la de presidente del Consejo Interreligioso de Bosnia-Herzegovina y Jefe de la Agencia de la Función Pública nacional.

9. Los demandantes señalan ser de origen romaní y de origen judío, respectivamente. Puesto que no declaran afiliación a ninguno de los "pueblos constituyentes", no pueden presentarse a las elecciones a la Cámara de los Pueblos (la segunda cámara del Parlamento del Estado) o a la presidencia (jefe colectivo de Estado). El señor Finci obtuvo confirmación oficial al respecto el 3 de enero de 2007.

[...]

## EL DERECHO

### *a) En lo referente a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina*

38. Los demandantes invocan el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1, el artículo 3 del Protocolo aisladamente y el artículo 1 del Protocolo N° 12. El Tribunal considera que la queja debe ser primero examinada desde la perspectiva del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1.

### *i. La aplicabilidad del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1*

39. En lo que respecta al artículo 14 invocado en este caso, el Tribunal recuerda que complementa las demás cláusulas materiales del Convenio y sus Protocolos. Carece de

existencia independiente puesto que es válido únicamente para el “disfrute de los derechos y libertades” salvaguardados por dichas disposiciones. Aunque la aplicación del Artículo 14 no supone la violación de estas disposiciones -y en esa medida es autónoma-, no puede haber espacio para su aplicación a menos que los hechos en cuestión caigan “en el ámbito” de una o más de las referidas cláusula (...). La prohibición de la discriminación que consagra el artículo 14 de este modo se entiende más allá del goce de los derechos y las libertades que el Convenio y sus Protocolos exigen garantizar a cada Estado. Se aplica igualmente a los derechos adicionales, en la medida en que entren en el ámbito de aplicación general del artículo del Convenio que el Estado haya decidido voluntariamente proteger. (...)

40. El Tribunal debe decidir, por lo tanto, si las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina pertenecen al “ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo N° 1. En este sentido, el Tribunal recuerda que la disposición en cuestión se aplica solamente a la elección del “cuerpo legislativo”, o al menos de una de sus cámaras si cuenta con dos o más. Sin embargo, las palabras “cuerpo legislativo” deben interpretarse en función de la estructura constitucional del Estado en cuestión (...), y especialmente de sus tradiciones constitucionales y de la extensión del poder legislativo de la o las cámaras. Asimismo, se colige de los trabajos preparatorios (...) que las Partes Contratantes tuvieron en cuenta la situación particular de algunos parlamentos compuestos por cámaras no electivas. Es por ello que el artículo 3 del Protocolo N° 1 fue cuidadosamente redactado para evitar términos que podrían interpretarse como una obligación absoluta de organizar elecciones para las dos cámaras en el conjunto de sistemas bicamerales (...). Dicho esto, queda claro que el artículo 3 del Protocolo N° 1 se aplica a cada cámara parlamentaria elegida directamente.

41. En cuanto a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal señala que su composición es el resultado de elecciones indirectas, toda vez que sus miembros son designados por los parlamentos de las entidades. Señala igualmente que el alcance de las facultades legislativas del órgano en cuestión constituye, en este caso, un factor decisivo. La Cámara de los Pueblos tiene, de hecho, amplios poderes que le permiten controlar la adopción de leyes (...). Asimismo, la Cámara de los Pueblos, junto con la Cámara de Representantes, decide el origen y la cuantía de ingresos necesaria para el funcionamiento de las instituciones del Estado y para la aplicación de las obligaciones internacionales, y aprueba el presupuesto de las instituciones del Estado (...). Por último, su consentimiento es necesario para la ratificación de cualquier tratado (...). En estas condiciones, las elecciones a la Cámara de los Pueblos entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo N° 1.

En consecuencia, el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1 es aplicable.

*ii. Cumplimiento del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1*

42. El Tribunal recuerda que la discriminación consiste en tratar de forma diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones análogas. Un trato diferenciado carece de "justificación objetiva y razonable" cuando no persigue un "fin legítimo" o no existe una "relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido" (...). El alcance del margen de apreciación de que disponen las Partes Contratantes a este respecto varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto (...).

43. El origen étnico y la raza son conceptos relacionados. Mientras que el concepto de raza tiene su origen en la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en subespecies basándose en características morfológicas tales como el color de la piel o los rasgos faciales, el origen étnico procede de la idea de que los grupos sociales se distinguen especialmente por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, lengua, origen cultural y tradicional y entorno. La discriminación basada en el origen étnico de una persona constituye una forma de discriminación racial (...). La discriminación racial constituye una forma de discriminación especialmente aborrecible que, habida cuenta de la peligrosidad de sus consecuencias, requiere una vigilancia especial y una reacción enérgica por parte de las autoridades. Éstas deben recurrir a todos los medios a su alcance para combatir el racismo, reforzando así la concepción democrática de la sociedad, en la que la diversidad se perciba no como una amenaza, sino como una riqueza (...).

44. En este contexto, cuando una diferencia de trato se basa en la raza, el color o el origen étnico, la noción de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible (...). Por otra parte, el Tribunal ha considerado que en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y de respeto por las distintas culturas, no hay posibilidad de justificación objetiva en ninguna diferencia de trato basada exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona (...). Así las cosas, el artículo 14 del Convenio no prohíbe a las Partes Contratantes tratar a grupos de forma diferenciada con el propósito de corregir "desigualdades fácticas" entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, es la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad el que, sin una justificación objetiva y razonable, puede constituir una violación de la disposición en cuestión (...).

45. Volviendo al presente caso, el Tribunal señala que para poder concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina es necesario declarar la pertenencia a uno de los “pueblos constituyentes”. Los demandantes que manifiestan ser de origen romaní y judío, respectivamente, y que no declaran pertenecer a ningún “pueblo constituyente”, carecen de esta posibilidad (...). El Tribunal señala que esta regla de exclusión perseguía al menos un fin globalmente compatible con los objetivos generales del Convenio reflejados en su Preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando se adoptaron las disposiciones constitucionales enjuiciadas, imperaba en el país un frágil alto al fuego. Las disposiciones en cuestión pretendían poner fin a un conflicto brutal marcado por actos de genocidio y de “depuración étnica”. La naturaleza del conflicto fue tal que la aprobación de los “pueblos constituyentes” (bosnios, croatas y serbios) era necesaria para garantizar la paz. Ello explica, sin necesariamente justificarla, la ausencia de representantes de las otras comunidades (especialmente las comunidades romaní y judía locales) en las negociaciones de paz y el deseo de los negociadores de velar por la igualdad efectiva entre los “pueblos constituyentes” en la sociedad post-conflicto.

46. Sin embargo, el Tribunal solo es competente *ratione temporis* para examinar el período posterior a la ratificación por Bosnia y Herzegovina del Convenio y el Protocolo Nº 1. El Tribunal considera al respecto, que no es necesario decidir si el mantenimiento de las disposiciones constitucionales enjuiciadas tras la ratificación del Convenio perseguía una “finalidad legítima”, ya que en cualquier caso, por las razones mencionadas a continuación, el mantenimiento del sistema no cumple el requisito de proporcionalidad.

47. El Tribunal señala, en primer lugar, que desde los acuerdos de paz de Dayton se ha producido una notable evolución positiva en Bosnia y Herzegovina. Ciertamente, los progresos realizados pueden no haber sido siempre coherentes y quedan problemas por resolver (...). Sin embargo, en 2005 las partes antes en conflicto abandonaron su control sobre las fuerzas armadas, transformando éstas en un pequeño ejército profesional, en 2006 Bosnia y Herzegovina ingresó en la Asociación para la Paz de la OTAN, en 2008 firmó y ratificó un acuerdo de estabilización y asociación con la Unión Europea, en marzo de 2009 llevó a cabo la primera modificación de la Constitución del Estado y recientemente ha sido elegida miembro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por un período de dos años que comienza el 1 de enero de 2010. Asimismo, si el mantenimiento de una administración internacional, como medida de aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, implica que la situación en la región represente siempre una “amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, parece que se prepara el fin de esta administración (...).

48. Asimismo, aunque el Tribunal suscribe la tesis del Gobierno según la cual no se infiere del Convenio una exigencia en virtud de la cual haya que abandonar totalmente los mecanismos de reparto de poder propios de Bosnia y Herzegovina y que, tal vez, aún no haya llegado el momento de introducir un sistema político que sea el mero reflejo de la norma mayoritaria, los dictámenes de la Comisión de Venecia (...) muestran claramente que se pueden considerar ciertos mecanismos de reparto que no conduzcan automáticamente a la exclusión total de los representantes de las otras comunidades. El Tribunal recuerda a este respecto que la posibilidad de hallar otras vías que permitan alcanzar el mismo objetivo constituye un factor importante en la materia (...).

49. Por último, al convertirse en miembro del Consejo de Europa en 2002 y ratificar el Convenio y sus Protocolos sin formular reservas, el Estado demandado aceptó libremente cumplir los estándares pertinentes. Se comprometió, concretamente, a “revisar la Ley electoral en el plazo de un año, con la ayuda de la Comisión para la Democracia por el Derecho (la Comisión de Venecia) y a la luz de los principios del Consejo de Europa con el fin, en su caso, de introducir modificaciones” (...). Igualmente, al ratificar un acuerdo de estabilización y asociación con la Unión Europea, el Estado demandado se comprometió a “modificar la legislación electoral en lo que se refiere a los miembros de la Presidencia y los delegados de la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina para garantizar el pleno cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los compromisos derivados de la adhesión al Consejo de Europa” en el plazo de uno o dos años (...).

50. El Tribunal concluye también que el mantenimiento de la imposibilidad de los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina no se basa en una justificación objetiva y razonable y, en consecuencia, es contrario al artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1.

*iii. Las quejas relativas al artículo 3 del Protocolo N° 1 considerado aisladamente, y al artículo 1 del Protocolo N° 12*

51. Habida cuenta de la conclusión formulada en el apartado precedente, el Tribunal considera que no es necesario examinar separadamente la cuestión de si ha habido igualmente violación del artículo 3 del Protocolo N° 1 considerado aisladamente, o del artículo 1 del Protocolo N° 12 en cuanto a la Cámara de los Pueblos.

**b) En lo referente a la presidencia de Bosnia-Herzegovina**

52. Los demandantes invocan aquí solamente el artículo 1 del Protocolo N° 12.

*i. Aplicabilidad del artículo 1 del Protocolo N° 12*

53. El Tribunal señala que si bien el artículo 14 del Convenio prohíbe la discriminación para garantizar el goce de los “derechos y libertades reconocidos en el Convenio”, el artículo 1 del Protocolo N° 12 amplía el ámbito de protección a “cualquier derecho previsto por la ley”. Introduce, por tanto, una prohibición general de la discriminación.

54. Los demandantes impugnan las disposiciones constitucionales en virtud de las cuales no pueden concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia y Herzegovina. Por consiguiente, tanto si tales elecciones pertenecen o no al ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo N° 1 (...), esta queja se refiere a un “derecho previsto por la Ley”, (...) siendo aplicable el artículo 1 del Protocolo N° 12. Por lo demás, nadie se ha opuesto a ello ante el Tribunal.

*ii. Cumplimiento del artículo 1 del Protocolo N° 12*

55. El concepto de discriminación se ha interpretado reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal, en relación al artículo 14 del Convenio. Concretamente, se infiere de esta jurisprudencia que por “discriminación” se entiende un trato diferenciado, sin justificación objetiva y razonable, de personas que se encuentran en situaciones análogas (...). Los autores del Protocolo N° 12 utilizaron el mismo término de discriminación en el artículo 1 de dicho instrumento. Pese a la diferencia de alcance entre ambas disposiciones, el sentido del término escrito en el artículo 1 del Protocolo N° 12 es supuestamente idéntico al del término que figura en el artículo 14 (...). El Tribunal tampoco percibe ninguna razón para apartarse, en el contexto del artículo 1 del Protocolo N° 12, de la interpretación bien establecida de la noción de “discriminación” mencionada (...).

56. El hecho de que los demandantes en la presente causa no declaren pertenecer a uno de los “pueblos constituyentes”, los convierte en no aptos legalmente para presentarse a las elecciones presidenciales. Con relación a la Cámara de los Pueblos, ya se consideró que un requisito constitucional previo del mismo tipo constituía una diferencia de trato discriminatoria contraria al artículo 14 (...) y, por otra parte, la noción de discriminación debe interpretarse de igual forma en el marco del artículo 14 que en el del artículo 1 del Protocolo N° 12 (...). De ello se infiere que las disposiciones constitucionales en virtud de las cuales los demandantes no pueden concurrir a las elecciones presidenciales deben también considerarse discriminatorias y atentatorias al artículo 1 del Protocolo N° 12, puesto que el Tribunal estima que, a este respecto, no puede establecerse ninguna distinción entre la Cámara de los Pueblos y la presidencia de Bosnia y Herzegovina.

En consecuencia, y por los motivos expuestos detalladamente (...), el Tribunal estima que el requisito previo a la candidatura a las elecciones presidenciales constituye una violación del artículo 1 del Protocolo N° 12.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE*

[...]

5. *Sostiene*, por catorce votos contra tres, que hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo N° 1, en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;

6. *Sostiene*, por unanimidad, que no hay necesidad de examinar la misma queja desde el punto de vista del artículo 3 del Protocolo N° 1 considerado aisladamente o del artículo 1 del Protocolo N° 12;

7. *Sostiene*, por dieciséis votos contra uno, que hubo violación del artículo 1 del Protocolo N° 12 en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Milanovic vs. Serbia*

*Demanda N° 44614/07*

*Sentencia del  
14 de diciembre de 2010*



[...]

## LOS HECHOS

[...]

7. Desde el año 1984, el demandante es un miembro jerárquico de la comunidad religiosa hindú vaisnava, también conocida como Hare Krishna, basada en Serbia.

8. En los años 2000 y 2001, el demandante, aparentemente, comenzó a recibir amenazas telefónicas anónimas, durante una de las cuales le advirtieron, según alega, que sería “quemado por difundir su fe gitana”.

9. Posteriormente en el año 2001, el demandante denunció las amenazas ante el Departamento de Policía de Jagodina (*SUP Jagodina*, en adelante “la policía”) y manifestó la sensación de que quienes lo amenazaban eran miembros de una organización denominada “Srpskivitezovi”, una rama local de la conocida organización de ultraderecha Obraz.

[...]

10. En una noche de septiembre de 2001, el demandante se encontraba frente al departamento de un pariente, situado en Jagodina, cuando un desconocido lo atacó por la espalda y lo golpeó en la cabeza con un objeto similar a un bate de madera.

11. El 24 de septiembre de 2001, aproximadamente a las 12:30 a. m., uno de tres hombres sin identificar allí presentes perpetró un nuevo ataque contra el demandante. El atacante le provocó varios cortes en la cabeza y en el pecho, además de cortarle la cola del cabello. Una vez más, el ataque ocurrió frente al departamento de un pariente del demandante, situado en Jagodina.

12. El mismo día, luego de haber recibido atención médica, el demandante denunció el hecho ante la policía. Declaró, *inter alia*, que los atacantes probablemente pertenecían a una organización extremista denominada “Srpskivitezovi”.

[...]

17. En la noche del 11 de julio de 2005, el atacante fue víctima de un nuevo ataque. En las cercanías del departamento de su pariente situado en Jagodina, uno de tres jóvenes

sin identificar allí presentes apuñaló al demandante en el abdomen. El hospital local, que le brindó atención médica urgente al demandante, se encargó de denunciar el hecho ante la policía.

18. Luego, la policía se acercó al hospital e interrogó al demandante, quien describió el ataque e insistió en que la motivación era de carácter religioso.

[...]

34. El 18 de junio de 2006, aproximadamente a las 2:30 a. m., el demandante fue víctima de un nuevo ataque, esta vez en el umbral del departamento de su pariente situado en Jagodina, que fue perpetrado por un atacante desconocido, quien lo apuñaló en el abdomen y le dejó marcado un crucifijo en la frente. El demandante declaró que el atacante estaba encapuchado, que medía alrededor de 1,80 m, que llevaba puesto un buzo oscuro y que iba acompañado por otro hombre. El demandante fue trasladado en taxi hasta el hospital, donde los médicos denunciaron el incidente ante la policía, que inmediatamente le tomó declaración al demandante y realizó una investigación en el lugar del hecho. Sin embargo, no se encontraron pruebas materiales ni se identificaron individuos cuya apariencia concordara con la descripción proporcionada por el demandante.

[...]

44. El 29 de junio de 2007, aproximadamente a las 4:20 a.m., el demandante fue víctima de un nuevo ataque. Al abrirle la puerta del departamento (...) a un hombre que alegaba ser de la policía, el demandante fue apuñalado en el pecho, las manos y las piernas. El hospital local, que le brindó atención médica urgente al demandante, se encargó de denunciar el hecho ante la policía.

[...]

62. El demandante sostuvo que, en una ocasión, la policía le había sugerido no salir de noche dado que hacerlo "claramente incitaba" a terceros, y que supuestamente había mostrado, en reiteradas ocasiones, un mayor interés por sus creencias religiosas que por los hechos ocurridos. El Gobierno arguyó que el demandante no había proporcionado pruebas que respaldaran tales alegatos.

[...]

64. En el informe que presentó el 12 de abril de 2010, la policía señaló, *inter alia*, que: (a) la mayor parte de los ataques perpetrados contra el demandante habían sido denunciados cerca del Día de San Vito, un importante feriado religioso de la Iglesia ortodoxa; (b) el demandante había difundido lo ocurrido en los medios y, al hacerlo, había “enfatisado” su propia afiliación religiosa; (c) la naturaleza de las heridas sufridas por el atacante no permitía descartar que pudieran haber sido autoinfligidas; y (d) todas las heridas habían sido muy superficiales, lo que podría considerarse extraño y significaría que los atacantes habían sido particularmente habilidosos, dado que nunca habían agarrado al demandante sino que siempre lo habían “atacado desde cierta distancia”. Sin embargo, en el mismo informe la policía recordaba que la fiscalía del distrito había ordenado que se investigara si se trataba de delitos de odio, y declaraba que la investigación proseguiría. Más adelante, la policía aparentemente interrogó a varios drogadictos, informantes y delincuentes conocidos, así como a algunos vecinos del demandante, pero no obtuvo ningún dato de utilidad

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

92. Apelando al artículo 14 del Convenio, tomado en combinación con el artículo 3, el demandante denunció que el motivo por el que el Estado demandado no había investigado adecuadamente los ataques perpetrados contra él era su afiliación religiosa.

El artículo 14 dispone:

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

[...]

96. La Corte considera que, tal como ocurre en el caso de los ataques con motivación racial, al investigar hechos violentos las autoridades del Estado tienen el deber adicional de tomar todas las medidas necesarias para develar cualquier motivación religiosa y determinar si los hechos podrían haber sido motivados por el odio o los prejuicios religiosos. Desde luego, probar tales motivaciones puede ser difícil en la práctica. La obligación que

tiene el Estado demandado de investigar las posibles connotaciones religiosas de un hecho violento es, por ende, una obligación de medios y no de resultados; las autoridades deben hacer todo lo posible según las circunstancias del caso (véanse, *mutatis mutandis*, *Nachova y Otros v. Bulgaria* [GC], Nº 43 577/98, párr. 160, ECHR 2005 VII; y *Miembros (97) de la Congregación Gldani de los Testigos de Jehová v. Georgia*, Nº 71 156/01, párr. 138-142, ECHR 2007 V).

97. La Corte entiende que lo expuesto anteriormente también se aplica necesariamente en los casos en que un particular imponga un trato que viole el artículo 3 del Convenio. Tratar los casos de violencia y brutalidad motivadas por la religión del mismo modo que se tratan los que carecen de tales connotaciones sería ignorar el carácter específico de los actos más perjudiciales para los derechos fundamentales. La falta de distinción en la forma en que se tratan situaciones que son esencialmente diferentes podría constituir un trato injustificado que sería incompatible con el artículo 14 del Convenio (*ibid.*; véase también, *mutatis mutandis*, *Šečić v. Croacia*, Nº 40 116/02, párr. 67, ECHR 2007 VI).

98. En el caso en cuestión, se sospecha que los atacantes del demandante pertenecían a una o varias organizaciones de ultraderecha que, por su naturaleza misma, son regidas por una ideología extremista.

99. La Corte también considera inaceptable que las autoridades del Estado demandado, a sabiendas de que los ataques en cuestión estaban probablemente motivados por el odio religioso, hayan permitido que la investigación durara tantos años sin tomar medidas adecuadas para identificar o procesar a los atacantes (...).

100. Por último, quizá lo más importante sea que la policía misma hizo referencia a las conocidas creencias religiosas del demandante, como también a su "extraño aspecto", y aparentemente le atribuyó una importancia particular al «hecho» de que la mayoría de los ataques perpetrados contra él habían sido denunciados cerca de un importante feriado religioso de la Iglesia ortodoxa; el demandante procedió a difundir estos hechos a través de los medios, en el contexto de su propia afiliación religiosa (...). La Corte entiende, una vez más, que tales consideraciones son prueba de que la policía tenía serias dudas, basadas en la religión del demandante, sobre si era una víctima real, a pesar de que no hubiera prueba alguna que justificara tal duda. En consecuencia, aunque las autoridades habían investigado distintos indicios proporcionados por el demandante en relación con la motivación subyacente de los atacantes, tales medidas no constituyeron más que parte de una investigación formal.

101. En vista de lo expuesto anteriormente, la Corte considera que hubo una violación del artículo 14 tomado en conjunto con el artículo 3 del Convenio.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE*

[...]

3. *Sostiene* por 6 votos contra 1 que hubo también una violación del artículo 14 tomado en conjunto con el artículo 3 del Convenio;

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Kiyutin vs. Rusia*

*Demanda N° 2700/10*

*Sentencia del  
10 de marzo de 2011*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

6. El demandante nació en la República Socialista Soviética de Uzbekistán (Unión Soviética) en 1971 y adquirió la ciudadanía de Uzbekistán tras el desmoronamiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

7. En octubre de 2002 su hermano compró una casa con un terreno en el pueblo de Lesnoy en la región rusa de Oryol. En 2003, el demandante, su hermanastro y su madre abandonaron Uzbekistán para instalarse allí.

8. El 18 de julio de 2003 el demandante se casó con una ciudadana rusa y tuvieron una hija en enero de 2004.

9. (...) [E]n agosto de 2003, el demandante solicitó un permiso de residencia. Él estaba obligado a someterse a un examen médico por VIH que dió positivo. Debido a esta circunstancia, su solicitud de permiso de residencia fue rechazada. La negativa fue ratificada en última instancia por el Tribunal Regional de Oryol el 13 de octubre de 2004.

10. En abril de 2009 el demandante llenó una nueva solicitud para un permiso de residencia temporal. Posteriormente, el 6 de mayo de 2009 el Servicio Federal de Migración determinó que el demandante había residido ilegalmente en Rusia (delito previsto en el Art. 18.8.1 del Código de Infracciones Administrativas) y le impuso una multa de 2,500 rublos rusos.

11. Mediante resolución del 26 de junio de 2009, el Servicio Federal de Migración de la Región de Oryol rechazó su solicitud de permiso de residencia haciendo referencia a la sección 7.1 (13) de la Ley de Extranjería, que restringe la emisión de permisos de residencia a los extranjeros que no pueden demostrar su condición VIH-negativo. La decisión indicó que el demandante debía salir de Rusia en un plazo de tres días o sería deportado. El demandante impugnó el rechazo ante el Tribunal.

12. El 13 de agosto de 2009 el Tribunal del Distrito de Severniy (Oryol) rechazó su queja con la siguiente decisión:

«Tomando en cuenta que el Señor V. V. Kiyutin es VIH-positivo, el Tribunal considera que su solicitud de residencia temporal en la Federación de Rusia fue rechazada legalmente.»

13. El demandante interpuso un recurso de apelación, basándose en la decisión del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 2012 y los documentos pertinentes de las Naciones Unidas sobre la prevención del SIDA. El 16 de septiembre de 2009 el Tribunal Regional de Oryol rechazó su apelación mediante una motivación sumaria de la sentencia.

[...]

15. El 25 de noviembre de 2009 el Tribunal Regional de Oryol rechazó iniciar un procedimiento de revisión y ratificó las decisiones previas como legales y justificadas. [...]

## *EL DERECHO*

[...]

39. El demandante afirma (...) que la decisión de negarle la autorización para residir en Rusia fue desproporcionada en relación al objetivo legítimo de proteger la salud pública y que se había afectado su derecho a vivir con su familia. El Tribunal señala que la cuestión principal planteada por la demanda es la diferencia de trato a la que fue sometido el demandante a causa de su estado de salud cuando solicitó un permiso de residencia. (...)

[...]

### **1. Aplicabilidad del artículo 14, en relación con el artículo 8**

[...]

#### ***(b) Sobre si el estado de salud del demandante era "cualquier otra situación" en el sentido del artículo 14***

56. El artículo 14 no prohíbe todas las diferencias de trato, sino sólo aquellas diferencias basadas en una característica personal, objetiva e identificable, o "estado", por el que personas o grupos de personas son distinguibles unas de otras (...). En él se enumeran los motivos específicos que constituyen un "estado" incluyendo, entre otros, sexo, raza y propiedad. Sin embargo, esta lista dispuesta en el artículo 14 es ilustrativa y no exhaustiva, como se muestra por las palabras "por razones de" (...) y la inclusión en la lista de la frase

“cualquier otro estado” (...). Generalmente a las palabras “otro estado” se les ha dado un significado extenso (...) y su interpretación no ha sido limitada por características que son personales en el sentido de que son innatas o inherentes (...).

57. Tras la divulgación del estado VIH-positivo del demandante, se ha convertido legalmente imposible la concesión del permiso de residencia legal en Rusia debido a una disposición legal que restringe la emisión de permisos de residencia a extranjeros que son incapaces de demostrar su estado VIH-negativo. Si bien el artículo 14 no lista expresamente un estado de salud o alguna condición médica entre los motivos protegidos de discriminación, el Tribunal ha reconocido recientemente que una discapacidad física y diversos problemas de salud se encuentran dentro del alcance de esta disposición (...). El Tribunal menciona el punto de vista de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el que el término “otros estados” en las disposiciones de no discriminación en instrumentos internacionales legales puede ser interpretado para cubrir estados de salud, incluyendo infección por el VIH (...). Este enfoque es compatible con la Recomendación 1116 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el cual fue llamado para reforzar la cláusula no discriminatoria en el artículo 14 incluyendo la salud entre las bases prohibidas de discriminación (...) y con el Convenio de los Derechos Humanos de Personas con Discapacidad de la ONU el cual impone a sus Estados participantes una prohibición general de discriminación en base a la discapacidad (...). En consecuencia, el Tribunal considera que una distinción hecha en base al estado de salud de una persona, incluyendo condiciones tales como la infección por VIH, se debe cubrir- ya sea como una discapacidad o una forma de la misma- por el término “otra situación” en el texto del artículo 14 del Convenio.

58. De ello se deduce que el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 es aplicable en el presente caso.

## 2. Cumplimiento del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8.

### (a) *Sobre si el demandante estaba en una posición análoga a otros extranjeros.*

59. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que la discriminación significa tratar de un modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones análogas o muy similares (...)

60. Como esposo de una ciudadana rusa y padre de una niña rusa, el demandante era elegible para solicitar un permiso de residencia en virtud de sus lazos familiares en Rusia (...).

Para completar su solicitud, necesitaba someterse a un examen médico para determinar su estado de VIH y adjuntar un certificado que demostrara que él no era VIH-positivo (...). Después que el examen revelara que era seropositivo, su solicitud de permiso de residencia fue rechazada debido a la ausencia del certificado obligatorio de estar libre de VIH. Este fue el único motivo mencionado en las decisiones del Servicio de Emigración Ruso y de los Tribunales rusos (...). En la medida que el Gobierno declaró que el demandante también era una amenaza para el orden público porque había sido previamente condenado por graves delitos en Uzbekistán, el Tribunal opina que su alegato no estaba apoyado con ninguna prueba específica o documentos y que las autoridades internas le habían negado el permiso de residencia por ser seropositivo más que por el historial criminal que pudiera tener.

61. Así el Tribunal considera que el demandante puede reclamar encontrarse en una situación análoga a otros extranjeros con el propósito de solicitar un permiso de residencia en base a sus lazos familiares en Rusia.

***b) Sobre si la diferencia de trato estaba justificada objetiva y razonablemente justificada***

62. Una vez que el demandante ha demostrado que hubo una diferencia de trato, corresponde al gobierno demandado demostrar que la diferencia de trato podría estar justificada (...). Esta justificación debe ser objetiva y razonable o, en otras palabras, debe perseguir un propósito legítimo y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. El Estado contratante goza de un margen de apreciación al evaluar en qué medida las diferencias de situaciones, por demás similares, justifican un tratamiento diferente. El alcance de este margen puede variar según las circunstancias, el sujeto en cuestión y los antecedentes (...).

63. Si la restricción de los derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, entonces el margen de apreciación de los Estados es considerablemente más estrecho y debe haber razones de mucho peso para las restricciones en cuestión. La razón de este enfoque, que cuestiona ciertas clasificaciones per se, es que estos grupos han sido históricamente perjudicados con consecuencias duraderas, dando lugar a su exclusión social. Tales prejuicios podrían implicar un estereotipo legislativo que prohíbe la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades (...). En el pasado el Tribunal ha identificado un número de esos grupos vulnerables que sufrieron trato diferente en base a su sexo (...) orientación sexual (...) raza o etnia (...), facultades mentales (...).

64. Desde el inicio de la epidemia en los años 80, las personas que viven con el VIH/SIDA han sufrido el estigma generalizado y la exclusión, incluso dentro del área del Consejo de Europa (...). En los primeros años de la epidemia, cuando el diagnóstico del VIH/SIDA era casi siempre una condición letal y se sabía muy poco sobre los riesgos de transmisión, la gente tenía miedo de las personas infectadas por temor al contagio. La ignorancia sobre cómo se propaga la enfermedad ha creado perjuicio, los cuales, a su vez, han estigmatizado y marginado a aquellos que tienen el virus. Como las vías de transmisión del VIH/SIDA llegaron a ser mejor entendidas, se reconoció que la infección por VIH se remonta a comportamientos específicos -tales como- intercambio sexual, inyecciones de droga, prostitución o promiscuidad- que están ya estigmatizados en muchas sociedades, creando un falso nexo entre la infección y la irresponsabilidad personal y reforzando otras formas de estigma y discriminación, tales como el racismo, la homofobia o la misoginia. En tiempos recientes, a pesar del considerable progreso en la prevención del VIH y un mejor acceso a su tratamiento, el estigma y la discriminación contra las personas que conviven con el VIH/SIDA sigue siendo un tema de gran preocupación para todas las organizaciones internacionales que trabajan en el campo del VIH/SIDA. La Declaración de Compromiso de la ONU sobre el VIH/SIDA señala que el estigma "aumentó el impacto de la epidemia en individuos, familias, comunidades y naciones" (...) y el Secretario General Sr. Ban Ki-moon reconoce que "en mayor o menor grado, casi en todas partes del mundo, la discriminación sigue siendo un hecho de la vida cotidiana para las personas que conviven con el VIH" (6 de agosto de 2008). Por ello, el Tribunal considera que las personas que viven con el VIH son un grupo vulnerable con una historia de prejuicios y estigmatización y que los Estados deben disponer solamente de un estrecho margen de apreciación al elegir las medidas que singularizan a este grupo con un tratamiento diferente en base a su estado de VIH.

65. La existencia de un consenso europeo es una consideración adicional importante para determinar si el Estado demandado debería disponer de un margen amplio o restringido de apreciación (...) Cuando hay una norma común que el Estado demandado ha incumplido, esto puede constituir una consideración importante para el Tribunal cuando interprete las disposiciones del Convenio en casos específicos (...). El Tribunal observa que, de cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, sólo seis Estados requieren que una persona que solicita un permiso de residencia tenga que presentar un resultado negativo del test de VIH, que un Estado requiere una declaración a tal efecto, y que sólo tres Estados toman medidas preventivas para la deportación de extranjeros que son seropositivos (...). Los demás Estados contratantes no imponen ninguna restricción a la entrada, estancia o residencia de las personas que conviven con el VIH a causa de su estado serológico. Por lo tanto, parece que la exclusión de las personas seropositivas solicitantes de residencia no refleja un consenso Europeo establecido y tiene muy poco apoyo entre los Estados Miem-

bros del Consejo de Europa. En consecuencia, el Estado demandado tiene la obligación de proporcionar una justificación particularmente convincente para el tratamiento diferencial del que el demandante se quejó de haber sido víctima.

66. El Gobierno presentó una serie de objetivos perseguidos por las restricciones impugnadas que parecen seguir de cerca el texto del preámbulo de la Ley de Prevención del VIH (...). Ellos no explican como las supuestas amenazas alegadas contra la seguridad nacional y la existencia de la humanidad eran aplicables a la situación individual del demandante, qué consecuencias demográficas y socio-económicas podría implicar su presencia en el territorio ruso o por qué el rechazo del permiso de residencia mejoraría la protección de los derechos y los intereses de otros. Sin embargo, se desprende de la decisión del Tribunal Constitucional que la restricción a la residencia temporal de los extranjeros infectados por el VIH tiene el objetivo de asegurar la protección de la salud pública (...). Mientras ese objetivo es sin duda legítimo, esto por sí mismo no establece la legitimidad del tratamiento específico al que el demandante se ve sometido por su estado de salud. Debe comprobarse si hay una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo perseguido y los medios empleados.

67. El Tribunal ha declarado reiteradamente que toma en consideración los instrumentos y los informes internacionales pertinentes para interpretar las garantías del Convenio y establecer si existe una norma común en el ámbito en cuestión. Corresponde al Tribunal decidir qué instrumentos e informes internacionales considera pertinentes y qué peso debe atribuirles (...). En el presente caso, el Tribunal considera relevante sin duda el acatamiento de la tercera parte del consenso existente entre los expertos y organismos internacionales activos en el campo de la salud pública, los cuales coinciden en que las restricciones a viajar de las personas que conviven con el VIH pueden no estar justificadas en referencia a la preocupación por la salud pública. La Organización Mundial de la Salud rechaza las restricciones en viajes como un modo no efectivo de prevenir la propagación del VIH desde 1987 (...). El mismo punto de vista ha sido expresado desde entonces por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU (...), la Organización Internacional para la Emigración (...), el Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU (CDHNU, Nota sobre el VIH/SIDA y la Protección de Refugiados, PDI y otras personas afectadas, 2006), el Banco Mundial (Aspectos Legales del VIH/SIDA, 2007), y, más recientemente, la Organización Internacional del Trabajo (OMT Recomendación concerniente al VIH y al SIDA y al Mundo del Trabajo, N° 200, 2010). A un nivel europeo, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea reconocen que “no hay razones objetivas para una prohibición a viajar a las personas infectadas por el VIH” (Resolución del 22 de mayo del 2008). El Gobierno demandado, por su parte, no aduce ninguna opinión de los expertos o análisis científico que sea capaz de contradecir la visión unánime de los expertos internacionales.

68. Ciertamente, las restricciones en viajes son instrumentos para la protección de la salud pública contra las enfermedades altamente contagiosas con un corto periodo de incubación, tales como el cólera o la fiebre amarilla o, para coger un ejemplo más reciente, graves síndromes respiratorios agudos (GSRA) o la “gripe aviar” (H5N1). Las restricciones en la entrada relacionadas con tales condiciones pueden ayudar a prevenir su difusión al excluir a viajeros que puedan transmitir esas enfermedades con su presencia en un país a través de un contacto casual o por partículas en el aire. Sin embargo, la sola presencia de una persona seropositiva en un país no es en sí misma una amenaza para la salud pública; el VIH no se transmite casualmente sino por comportamientos específicos que incluyen intercambios sexuales y compartir jeringuillas como las principales rutas de transmisión. Esto no pone la prevención exclusivamente bajo el control de los extranjeros infectados por el VIH sino que permite que las personas seronegativas tomen medidas para protegerse a ellos mismos contra la infección (sexo más seguro e jeringuillas más seguras). Excluir a los extranjeros seropositivos de entrar y/o residir para prevenir la transmisión del VIH está basado en la suposición de que se dedicarán a un comportamiento específico no saludable y que los ciudadanos también fracasarán en protegerse a sí mismos. Esta suposición equivale a una generalización que no está basada en hechos y falla por no tomar en cuenta situaciones individuales como las del demandante. Además, al amparo de la legislación rusa, cualquier forma de comportamiento de una persona seropositiva que es consciente de su estado y que expone a alguien más al riesgo de la infección del VIH es en sí mismo un delito criminal condenable con privación de libertad (...). El Gobierno no explicaba por qué estas sanciones legales no se consideran como suficientemente disuasorias contra el comportamiento que conlleva el riesgo de transmisión.

69. Por otra parte, parece que Rusia no aplica estas restricciones de viaje relacionadas con el VIH a los turistas o a los visitantes a corto plazo. Tampoco impone tests del VIH a los ciudadanos rusos que abandonan y vuelven al país. Teniendo en cuenta que los métodos de transmisión del VIH son los mismos independientemente de la duración de la presencia de una persona en territorio Ruso y de su nacionalidad, el Tribunal no ve explicación para una imposición selectiva de restricciones relacionadas con el VIH contra los extranjeros que solicitan residencia en Rusia pero no contra las categorías mencionadas arriba, quienes de hecho representan la gran mayoría de viajeros y emigrantes. No hay razón para asumir que es menos probable que ellos tengan un comportamiento poco saludable que los emigrantes establecidos. En este sentido, el Tribunal señala con preocupación la argumentación del Gobierno de que el demandante debería haber sido capaz de eludir las disposiciones de la Ley de Extranjería abandonando y volviendo a entrar en Rusia cada noventa días. Esta argumentación plantea dudas sobre la autenticidad de las preocupaciones del Gobierno sobre la salud pública en relación con la presencia del demandante en Rusia. Además, las

actuales pruebas de VIH a las que un solicitante de la residencia Rusa debe someterse no siempre identifican la presencia del virus en personas recientemente infectadas, que puede ser que estén en el periodo de tiempo durante el cual el test no detecta el virus y que puede durar varios meses. Se deduce que la aplicación de restricciones relacionadas con el VIH sólo en el caso de probables residentes a largo plazo no es un enfoque efectivo para prevenir la transmisión del VIH por parte de emigrantes seropositivos.

70. El trato diferente de las personas seropositivas que se establecen por un largo periodo en oposición a visitantes por un corto tiempo debe estar objetivamente justificado por el riesgo de que el primero podría potencialmente llegar a ser una carga pública y suponer una demanda excesiva en los fondos públicos del sistema sanitario, mientras que el segundo buscaría tratamiento en cualquier otro sitio. Sin embargo, tales consideraciones económicas para la exclusión de futuros residentes seropositivos son solo aplicables en un sistema legal donde los extranjeros residentes pueden beneficiarse del esquema de cuidado sanitario a un coste reducido o libre de cargo. Este no es el caso en Rusia: los ciudadanos no rusos no tienen derecho a asistencia médica gratuita, excepto en tratamientos de emergencia, y tienen que pagar ellos mismos todos los servicios médicos (...). Así, independientemente de si el demandante obtiene el permiso de residencia en Rusia, no podría acceder al sistema de sanidad público ruso. En consecuencia, el riesgo de que represente una carga financiera para los fondos de la sanidad rusa no está suficientemente establecido.

71. Finalmente, se señala que las restricciones en viajes y residencia de personas que conviven con el VIH puede no sólo ser inefectivo a la hora de prevenir la propagación de la enfermedad, sino que de hecho puede ser dañino para la sanidad pública del país. En primer lugar, los emigrantes permanecerían en el país ilegalmente para evitar la prueba del VIH, en cuyo caso su estado de VIH sería desconocido para las autoridades sanitarias y para los propios emigrantes. Esto impediría que tomaran las precauciones necesarias, evitando un comportamiento no saludable y accediendo a la información y servicios de prevención del VIH. En segundo lugar, la exclusión de extranjeros seropositivos puede crear un falso sentido de seguridad al alentar a la población local a considerar el VIH/SIDA como un "problema extranjero" que ha sido tratado con la deportación de los extranjeros infectados y que no les permite establecerse, así que la población local sienta que no necesita tener un comportamiento saludable.

72. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que, aunque la protección de la salud pública sea en verdad un objetivo legítimo, el Gobierno es incapaz de aducir argumentos objetivos y persuasivos para mostrar que este propósito puede ser logrado por la negación del permiso de residencia al demandante en base a su estado de salud. Un asunto a consi-

derar más adelante por el Tribunal es la amplia e indiscriminada naturaleza de las medidas impugnadas. El artículo 7.1 (13) de la Ley Nacional de Extranjería expresamente estipula que cualquier solicitud de permiso de residencia será rechazada si el solicitante no es capaz de mostrar su estado seronegativo. La sección 11.2 de la ley de Prevención del VIH dispone también la deportación de extranjeros que sean seropositivos. Ninguna de estas disposiciones deja ningún lugar para una evaluación individual basada en los hechos de un caso en particular. Aunque el Tribunal Constitucional indique que las disposiciones no excluyen la posibilidad de tener en cuenta consideraciones humanitarias en casos excepcionales (...), no está claro si la decisión le da a las autoridades internas el criterio para ignorar el imperativo de la regulación del artículo 7.1 (13) de la Ley de Extranjería.

73. En el presente caso, el Servicio Federal de Migración, El Tribunal de Distrito, y el Tribunal Regional no prestan atención a la posición del Tribunal Constitucional. Aunque la declaración de la apelación se basa expresamente en la decisión del 12 de mayo de 2006 y en instrumentos internacionales aplicables, los Tribunales rechazaron la solicitud del demandante del permiso de residencia solamente en referencia a los requerimientos legales de la Ley de Extranjería, sin tener en cuenta su estado de salud real o sus lazos familiares en Rusia. Al rechazar la solicitud del demandante de una revisión supervisada, el Tribunal Regional expresamente declaró que los Tribunales no están obligados a tener en cuenta ninguna consideración humanitaria y que la disposición del artículo 7.1 (13) que requiere mostrar un certificado de ser seronegativo no puede de ningún modo ser ignorada (...). El Gobierno confirma en su presentación final al Tribunal que la situación individual del demandante no era de relevancia legal y que los Tribunales internos no habían sido requeridos a tener en cuenta la información de su salud o sus lazos familiares (...). El Tribunal considera que este rechazo indiscriminado de un permiso de residencia, sin una evaluación judicial individualizada y basado únicamente en las condiciones de salud, no puede ser considerado compatible con la protección contra la discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio (...)

74. Considerando que el demandante pertenece a un grupo particularmente vulnerable, que no se ha demostrado que su exclusión tenga una justificación razonable y objetiva, y que las disposiciones legislativas impugnadas no permiten una evaluación individual, el Tribunal encuentra que el Gobierno excedió el estrecho margen de apreciación permitido en este caso. Así pues, el demandante ha sido víctima de discriminación en base a su estado de salud, en violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8.

[...]

*POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL UNÁNIMEMENTE*

[...]

2. *Declara* que ha habido una violación del artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 8

[...]

*Corte Europea de DDHH*

*Laduna vs. Eslovaquia*

*Demanda N° 31827/02*

*Sentencia del  
6 de junio de 2012*



[...]

## *LOS HECHOS*

[...]

7. El demandante fue acusado de haber cometido varios delitos graves y estuvo detenido a la espera de juicio entre el 1° de septiembre de 2001 y el 9 de febrero de 2006. A partir de ese día, comenzó a cumplir una sentencia de 9 años de prisión por robo. (...)

8. Durante el periodo en el que estuvo en prisión preventiva, el demandante presentó varias denuncias ante la Dirección General de Administración Penitenciaria debido a las condiciones de vida mientras estuvo detenido. Entre numerosos temas, denunció las restricciones al derecho de recibir visitas (solo le permitían tener visitas una vez por mes, durante treinta minutos y sin contacto físico, ya que una mampara debía separarlo de quienes lo visitaban), el incumplimiento del derecho a comprar comida dentro del establecimiento, la falta de agua caliente en su celda y la falta de contacto con otros presos. Además, alegó que los presos que estaban cumpliendo la condena tenían más derechos que él, a pesar de que estaba en prisión preventiva.

[...]

## *EL DERECHO*

[...]

42. De acuerdo con la denuncia del demandante, durante el periodo en prisión preventiva, se le restringieron sus derechos en mayor medida que a quienes se encontraban en prisión cumpliendo condenas ya establecidas. Alega que hubo una violación del artículo 8 y el artículo 14 del Convenio:

### Artículo 8

- "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la

prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

#### Artículo 14

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

[...]

49. Dado que el fundamento de la denuncia del demandante es la supuesta existencia de una diferencia de trato entre él, en tanto recluso en prisión preventiva, y los presos que estaban cumpliendo la condena a la que ya habían sido sentenciados, la Corte considera apropiado analizar el caso a partir de lo establecido en el artículo 14 del Convenio, tomado en conjunto con el artículo 8, y luego analizarlo en función del artículo 8 por separado.

#### **1. Supuesta violación del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 8**

50. La Corte reitera que el objetivo del artículo 14 es evitar que personas en situaciones similares reciban injustificadamente un trato diferente con respecto al goce de los derechos y las libertades amparadas por el Convenio. Este artículo no tiene existencia independiente, dado que solo tiene efecto en relación con las libertades y los derechos salvaguardados por las otras disposiciones sustantivas del Convenio y sus Protocolos. No obstante, la aplicación del artículo 14 no presupone la violación de una o más de tales disposiciones y en este sentido el artículo es autónomo. Para que pueda aplicarse el artículo 14 es suficiente que los hechos del caso estén dentro del ámbito de aplicación de una de las disposiciones sustantivas del Convenio o de sus Protocolos (véase *Sidabras y Džiautas vs. Lituania*, Nº 55 480/00 y 59 330/00, párr. 38, ECHR 2004 VIII).

[...]

#### **(b) Consideraciones sobre si el demandante estaba en “otra situación” y si su situación era análoga a la de los presos convictos**

55. El hecho de poner a un individuo en prisión preventiva puede considerarse como una forma de situarlo en una condición legal particular, que pasa a determinar estre-

chamente las circunstancias de vida de esa persona, aunque esta condición legal le sea impuesta involuntariamente y, en general, de forma temporaria. Por lo tanto, la Corte entiende —y ninguna de las partes lo ha objetado— que el hecho de estar en prisión preventiva hace que el demandante pueda ser considerado dentro de la categoría de “otra situación”, tal como se establece en el artículo 14 del Convenio (véanse, *mutatis mutandis*, *Shelley vs. Reino Unido* (dec.), N° 23 800/06, 4 de enero de 2008, y *Clift vs. Reino Unido*, N° 7205/07, párr.párr. 55-63, 13 de julio de 2010).

56. Para que el artículo 14 sea aplicable, debe existir una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o sustancialmente similares (véase *D.H. y otros vs. República Checa* [GC], N° 57 325/00, párr. 175, ECHR 2007-IV). El hecho de que sea necesario demostrar que las personas están en una “situación análoga” no implica que los grupos considerados para la comparación deban ser idénticos. En este sentido, si bien es cierto que la situación del demandante no es completamente análoga a la situación de los presos convictos y que existen diferencias entre las distintas categorías de presos en base al propósito de la privación de la libertad, este hecho no impide que pueda aplicarse el artículo 14. En todo caso, lo que es necesario demostrar es que, teniendo en cuenta la naturaleza específica de la demanda, el demandante estaba en una situación sustancialmente similar a la de otras personas que recibían un trato diferente (véase *Clift*, citado arriba, párr. 66).

[...]

58. Por lo tanto, con respecto a los hechos analizados, la Corte considera que el demandante estaba en una situación sustancialmente similar a la de los presos convictos.

**(c) Consideraciones sobre si la diferencia de trato tenía una justificación objetiva**

59. Una diferencia de trato es discriminatoria si se realiza sin ninguna justificación objetiva o razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir. Los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al evaluar si y hasta qué punto las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican la diferencia de trato. El alcance de este margen varía de acuerdo con las circunstancias, el tema y sus antecedentes. La Corte considera que, en principio, el margen de apreciación es amplio en las cuestiones vinculadas con los presos y el sistema penitenciario (*ibid.* párr. 73, y las referencias allí detalladas).

60. Con respecto a los hechos presentados en el caso en cuestión, la Corte señala que el demandante estuvo en prisión preventiva, a la espera del juicio, desde el 1° de septiembre de 2001 hasta el 9 de febrero de 2006. Durante ese periodo, el régimen de la prisión preventiva estaba dictaminado por la Ley de Detención de 1993. En la sección 10(1) y (5) de esta ley, se establece que aquellas personas que hayan sido acusadas y estén detenidas durante la investigación y las actuaciones judiciales del caso tienen derecho a recibir visitas una vez al mes y que cada visita podía tener una duración mínima de treinta minutos, sin que haya contacto directo entre el acusado y las personas que lo visiten. Quedaba a criterio del director del establecimiento la consideración de otras posibilidades de visita (...). Sin embargo, de acuerdo con la documentación presentada, no puede apreciarse que se hayan establecido otras posibilidades frecuentemente, ni en general ni para el demandante en particular.

61. Durante este mismo periodo, los presos convictos recibían visitas con una duración mínima fija de dos horas, establecida por ley. Desde el 1° de septiembre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2005, la frecuencia de las visitas para los presos convictos variaba de acuerdo con el nivel de seguridad del establecimiento penitenciario. En los establecimientos de mínima seguridad, los presos podían recibir visitas de sus familiares y/o amigos cercanos al menos una vez cada quince días y en estos casos se permitía que hubiera contacto directo. En los establecimientos de seguridad media, los presos podían recibir visitas de familiares y/o amigos cercanos una vez al mes y, en los establecimientos de máxima seguridad, se permitían visitas una vez cada seis semanas. En los establecimientos de seguridad media y máxima, las visitas se realizaban bajo la supervisión de un oficial penitenciario y no podía haber contacto directo entre el preso y la visita. A partir del 1° de enero de 2006, entró en vigencia la Ley de Cumplimiento de Condenas a Prisión promulgada en el año 2005, que permitía a aquellos que estaban en prisión en cumplimiento de su condena recibir visitas y durante dos horas al menos una vez por mes. (...)

62. Por lo tanto, durante el periodo pertinente para el caso, las visitas a las personas en prisión preventiva, como el demandante, tenían una duración (treinta minutos) considerablemente menor a la duración establecida por ley (dos horas) para las visitas a presos convictos.

Además, durante una parte importante del periodo pertinente, las visitas garantizadas por ley para los presos convictos variaban en términos de la frecuencia y el tipo de contacto permitido de acuerdo con el nivel de seguridad del establecimiento penitenciario donde estuviera el preso. Cabe destacar especialmente que, en los establecimientos de mínima seguridad, las visitas se realizaban (de conformidad con la Ley de Cumplimiento

de Condenas a Prisión de 1965) al menos una vez cada quince días y se permitía que hubiera contacto directo entre el preso y las visitas. Las restricciones al derecho a recibir visitas se imponían a los reclusos en prisión preventiva de modo general, sin tener en cuenta los motivos de su detención ni las medidas de seguridad que pudieran ser necesarias en función de tales motivos.

63. De conformidad con la sección 2(1) de la Ley de Detención de 1993, cualquier restricción a los derechos de las personas detenidas debe estar justificada por la finalidad de la detención y por el objetivo de asegurar el orden, la seguridad de terceros y la protección de la propiedad en los establecimientos penitenciarios. La subsección 2 de la sección 2 contempla la posibilidad de que solo se restrinjan aquellos derechos de que los presos no pueden gozar por el hecho de estar en prisión preventiva.

64. La Corte entiende que ni las disposiciones comentadas anteriormente ni los argumentos esgrimidos por el Gobierno proveen una justificación objetiva y razonable para que haya una restricción mayor del derecho de visita para las personas en prisión preventiva –quienes, en principio, son inocentes (...)–, de modo general y en los términos descritos anteriormente, en comparación con la restricción a este derecho impuesta a las personas en prisión por cumplimiento de condena. Los procedimientos empleados han sido criticados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), en los informes elaborados a partir de las visitas a Eslovaquia en los años 1995, 2000 y 2005 (...).

65. Con respecto a la falta de contacto directo entre el preso y las visitas, la Corte señala ya haber sostenido en un caso anterior que, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 párr. 2, queda injustificada la prisión preventiva de una persona sin tener contacto directo con sus visitas un periodo de detención mayor a tres años y medio, sin que se haya probado una razón clara para adoptar tal medida de seguridad (véase *Moiseyev vs. Rusia*, Nº 62 936/00, párr. 258-59, 9 de octubre de 2008). Además, la Corte observa que, al margen de la posible excepción hecha a criterio del director del establecimiento, en el periodo en cuestión la legislación vigente no garantizaba a los detenidos en prisión preventiva la posibilidad de tener contacto directo con las visitas, sin importar su situación particular.

66. La Corte está de acuerdo con la perspectiva adoptada en el informe del 6 de diciembre de 2001, elaborado por la CPT luego de la visita a Eslovaquia. En este informe se establece que puede justificarse la imposición de restricciones especiales a los derechos de visita de un preso en determinados casos específicos, ya sea por razones de seguridad

o para proteger los intereses legítimos de una investigación (véase, entre otros, *Vlasov vs. Rusia*, Nº 78 146/01, párr. 123, 12 de junio de 2008, y las referencias allí detalladas). Sin embargo, es posible cumplir esta finalidad por medio de otros mecanismos, para evitar que se vean afectados todos los presos debido a la falta de distinción entre ellos. Por ejemplo, se podrían establecer distintas categorías de detención o determinar restricciones específicas a partir de las circunstancias de cada caso en particular.

[...]

68. La Corte señala que la legislación nacional posterior, es decir, la Ley de Detención de 2006, ampliaba el derecho de visita para los reclusos en prisión preventiva y permitía que se los diferenciara en función de cada caso, con el objetivo de garantizar que las restricciones impuestas surgieran a partir de una necesidad objetiva (...). Sin embargo, este hecho no altera la posición de la Corte en el caso en cuestión.

69. En vista de lo expuesto, la Corte considera que la restricción de las visitas familiares al demandante durante el periodo en prisión preventiva constituyó una medida fuera de proporción, que violaba los derechos del demandante amparados por el artículo 14.

70. En cuanto a la imposibilidad de ver programas televisivos, la legislación que durante el periodo pertinente reglaba las condiciones de la detención en prisión preventiva no contemplaba tal posibilidad. En contraste, durante este mismo periodo, los presos convictos tenían el derecho y la posibilidad de mirar programas televisivos en salones comunes del establecimiento, especialmente habilitados para esta actividad (...).

71. Dado que el Gobierno no pudo presentar ningún argumento válido a su favor, la Corte sostiene que no hay una justificación objetiva que avale la diferencia de trato entre los presos en prisión preventiva y los presos convictos. Especialmente, se tuvo en cuenta una situación también criticada por la CTP: mientras que mirar programas televisivos era una de las actividades culturales y educativas organizadas para los presos convictos, la legislación para las personas en prisión preventiva no preveía ninguna actividad de este tipo.

72. Si bien es cierto que, a partir de 2003, por orden de la Dirección General de Administración Penitenciaria, se permitió que los presos pudieran tener un televisor en la celda, este hecho no altera la posición de la Corte en este caso, dado que solo es una opción disponible para aquellas personas que pueden afrontar los gastos requeridos y, de cualquier modo, en el pabellón donde estaba detenido el demandante no estaban dadas las condiciones técnicas para concretar esta opción.

73. Por lo tanto, la Corte establece que hubo una violación del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 8.

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, LA CORTE UNÁNIMEMENTE*

1. *Sostiene* que hubo violación una del artículo 14 del Convenio tomado en conjunto con el artículo 8.

[...].

*Índice Temático*  
*Sumarios de Jurisprudencia*  
*referida a los Principios de Igualdad*  
*y No Discriminación*



## INDICE TEMÁTICO

### ESTEREOTIPOS

Atala vs. Chile	pág. 73
Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador	pág. 157
Norin Catrimán vs. Chile	pág. 133

### DERECHOS ECONÓMICOS,

#### SOCIALES Y CULTURALES

D.H. vs. República Checa	pág. 231
Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador	pág. 157
Gaygusuz vs. Austria	pág. 181
Kiyutin vs. Russia	pág. 269
Pretty vs. Reino Unido	pág. 193
Timishev vs. Rusia	pág. 217

### GÉNERO

Espinoza Gonzáles vs. Perú	pág. 149
Veliz Franco y otros vs. Guatemala	pág. 125
Ünal Tekeli vs. Turquía	pág. 209
Zarb Adami vs. Malta	pág. 221

### LIBERTAD RELIGIOSA

Milanovic vs. Serbia	pág. 263
Thlimmenos vs. Grecia	pág. 187

### NACIONALIDAD

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana	pág. 109
Gaygusuz vs. Austria	pág. 181
OC 4/84 del 19 de enero de 1984 – Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización	pág. 1

## *Niñez*

<i>Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador</i>	pág. 157
<i>OC-17/02 – Condición jurídica y derechos humanos del niño</i>	pág. 23

## *Orientación sexual*

<i>Atala y niñas vs. Chile</i>	pág. 73
<i>Karner vs. Austria</i>	pág. 197

## *Origen étnico y racial*

<i>DH vs. República Checa</i>	pág. 231
<i>Sedjic y Finci vs. Bosnia-Herzegovina</i>	pág. 255

## *Personas con discapacidad*

<i>Koua Poirrez vs. Francia</i>	pág. 203
<i>Pretty vs Reino Unido</i>	pág. 193

## *Personas migrantes*

<i>Kiyutin vs. Rusia</i>	pág. 269
<i>OC 18/03 – Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados</i>	pág. 31
<i>Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana</i>	pág. 109
<i>Timishev vs. Rusia</i>	pág. 217

## *Personas privadas de libertad*

<i>Laduna vs. Eslovaquia</i>	pág. 281
------------------------------	----------

## *Pueblos indígenas*

<i>Norin Catriman vs. Chile</i>	pág. 133
<i>Yatama vs. Nicaragua</i>	pág. 63

## *Servicio militar*

<i>Glor vs. Suiza</i>	pág. 247
-----------------------	----------

*SUMARIOS DE JURISPRUDENCIA*  
*Igualdad y No Discriminación*  
Edición actualizada

---

Este libro se terminó de imprimir en el mes de Marzo de 2016,  
en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina.