

Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*

Marianne González Le Saux**
y Óscar Parra Vera***

Introducción

Este artículo es una revisión crítica del manejo del derecho a la igualdad en la sentencia emitida en agosto del 2008 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela¹, en adelante, *Caso Apitz*. El Tribunal analizó el procedimiento disciplinario que llevó a la destitución, en octubre de 2003, de tres de los cinco magistrados de una corte. Entre otros aspectos, en dicho caso fueron analizados tres problemas relacionados con la igualdad:

- i) alegada discriminación en la aplicación de la sanción de destitución, que no fue aplicada a las otras dos magistradas del tribunal que no eran víctimas del caso, a pesar de que todos los integrantes de la corte habían concurrido unánimemente al fallo que motivó el procedimiento disciplinario;
- ii) alegada discriminación en el acceso a nuevos cargos en el poder judicial, puesto que las dos magistradas no destituidas pudieron reintegrarse a la judicatura, no así las víctimas del caso, y

* Agradecemos las observaciones y críticas que, a una primera versión de este artículo, realizaron Elizabeth Abi-Mershed, Víctor Abramovich, Christian Courtis, Manuela Cuvi, Ariel Dulitzky, Alfonso Gairaud, María Luisa Romero, Oswaldo Ruiz y Clara Sandoval Villalba. A pesar de diversas críticas, nos mantenemos en algunas de nuestras posiciones en orden a dinamizar el debate.

** Egresada de Derecho de la Universidad de Chile. Se desempeñó como pasante en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*** Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, Capítulo VII, párrs. 186 a 215.

iii) alegada discriminación en la aplicación de la ley procesal, puesto que un recurso interpuesto por una de las magistradas no destituidas fue fallado en un plazo mucho menor a un recurso interpuesto por las víctimas del caso.

En este artículo nos centraremos en el análisis de los problemas i) y iii), a partir de una interpretación de la relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”, la “Convención Americana” o “la CADH”), los cuales consagran las normas generales sobre igualdad y no discriminación. El problema ii) se vincula con el acceso a la función pública y con la interpretación del artículo 23.1.c de la Convención, lo cual rebasa los objetivos de este artículo.

El primer punto analizado por la Corte involucra una discusión sobre la existencia de, por lo menos, dos concepciones de la igualdad en el derecho internacional de los derechos humanos. Analizaremos si era pertinente que el Tribunal distinguiera entre estas dos concepciones al resolver este caso. Por su parte, el análisis del problema iii) llevó a la Corte a establecer una diferencia entre una cláusula subordinada (artículo 1.1) y una cláusula autónoma (artículo 24) de igualdad en el marco de la Convención, lo que a nuestro entender representa un cierto avance jurisprudencial respecto de los fallos anteriores del Tribunal. Sin embargo, creemos que además es posible revisar la diferencia entre ambas disposiciones a la luz de las mencionadas concepciones de la igualdad.

Con estos objetivos, en primer lugar se presentan dos concepciones de la igualdad que es posible identificar en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Una de ellas se refiere a la igualdad como prohibición de trato arbitrario y la otra se refiere a la prohibición de discriminación. La segunda parte del artículo aplica esta diferenciación al caso resuelto por la Corte, para criticar el hecho de que a pesar de que la Corte constató la existencia de un trato arbitrario, no determinó la violación del derecho a la igualdad por dicho concepto. La tercera parte muestra cómo el *Caso Apitz* distingue entre una cláusula autónoma (Art. 24) y una cláusula subordinada (Art. 1.1) de igualdad en el marco de la Convención. Finalmente, una cuarta sección analiza las ventajas e inconvenientes de diferenciar no solo en el ámbito de aplicación sino también en el contenido del derecho a la igualdad consagrado en ambas cláusulas.

1. Dos concepciones de la igualdad en la Convención Americana²

a) Igualdad ante la Ley o igualdad como prohibición del trato arbitrario

Creemos que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos pueden distinguirse, por lo menos, dos concepciones de igualdad. Una primera noción de igualdad como “prohibición del trato arbitrario” es la noción más clásica de igualdad formal. Ésta se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características. Esta noción se ha traducido en los tratados internacionales como “igualdad ante la ley”³. Dicha concepción clásica tiene sus orígenes en el siglo XVIII y estaba principalmente orientada a limitar el poder de las monarquías absolutas. Se vincula estrechamente con la idea de igualdad ante los tribunales, y también con el principio de legalidad, en el sentido de que la interferencia del Estado en las libertades individuales puede realizarse únicamente a través de una “ley general” que debe ser aplicada de forma igual a todos⁴. Este tipo de igualdad está históricamente relacionada con la lucha contra los privilegios de castas que legalmente se construían como “superiores” a otras, y que se eximían de las cargas aplicables a la mayoría. El análisis que exige esta noción de igualdad es el que corresponde a una racionalidad entre medios y fines de la norma: las únicas distinciones aceptables entre

² El presente texto no explora los profundos debates sobre el concepto de igualdad en la teoría política contemporánea, donde autores como Amartya Sen, John Rawls, Ronald Dworkin, Gerald Cohen, entre muchos otros, han ofrecido diversos conceptos sobre capacidades, necesidades, igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de recursos, en un debate más general sobre el igualitarismo.

³ Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”. Publication No. 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, Noruega, 1990, pág. 29. Ver, por ejemplo, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la CADH.

⁴ Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., págs. 7 y 8. En íntima relación con este punto se encuentran tanto la idea de igualdad en la ley, esto es, que el legislador no debe establecer leyes que hagan distinciones arbitrarias entre personas, así como la igualdad **por** la ley. *Cfr.* Comité DESC, Observación General No. 16, “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 9.

personas son las que se basan en criterios “estrictamente funcionales”⁵ para alcanzar un fin legítimo.

La igualdad ante la ley implica entonces que cuando la ley realiza clasificaciones entre personas, éstas deben evitar la arbitrariedad, por tanto deben ser “objetivas y razonables”⁶. Para determinar ello, se debe seguir un *test* de igualdad en el que se analice si la medida:

- i) es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable,
- ii) si es necesaria, esto es, que no exista otro medio alternativo menos lesivo, y
- iii) si es proporcional en sentido estricto, lo cual exige ponderar entre aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto: debe alcanzarse un mayor beneficio de derechos sin afectar excesivamente el derecho restringido⁷.

En el derecho comparado un *test* más elaborado de esta concepción de la igualdad se ha desarrollado bajo el derecho constitucional norteamericano, en particular gracias a la formulación de Tussman y Tenbroek sobre las relaciones de “subinclusividad” y “sobreinclusividad”. Estos autores postularon que la relación entre

⁵ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en: Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional, Tomo II*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 706. En el mismo sentido, ver Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. GEDISA Editorial, Barcelona, España, 1999, pág.146.

⁶ Esta es la ya conocida formulación del *test* de igualdad adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos en uno de sus *leading cases* sobre el tema: “the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed **in relation to the aim and effects** of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a **legitimate aim**: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no **reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised**”. European Court of Human Rights. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, Judgment of 23 July 1968, para. 10. El subrayado es nuestro.

⁷ Una formulación más refinada de este juicio débil de igualdad puede verse en Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en: Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, págs. 276 a 279.

medios y fines puede darse en distintos grados: a veces una norma que persigue un cierto fin puede incluir a categorías de personas que debieron quedar fuera de su alcance (sobreinclusiva) o no incluir a todas las personas que debieron caer bajo su alcance (subinclusiva)⁸. En estos casos, siguiendo el juicio mencionado en el párrafo anterior, existirá una vulneración del derecho a la igualdad sólo si la sobreinclusión o subinclusión son abiertamente desproporcionadas, cuestión cuya carga de la prueba recae sobre el afectado, y no sobre el Estado.

Los anteriores elementos se relacionan con lo que en el derecho constitucional comparado se ha caracterizado como el “*test* o escrutinio débil” o “juicio de mínimos” o “juicio ordinario de igualdad”⁹. Debido a sus orígenes históricos relacionados con la limitación del poder ejecutivo, no es de extrañar que los componentes de este *test* constituyan una aplicación, en el análisis de la igualdad, del principio de proporcionalidad que debe cumplir toda restricción a los derechos: legitimidad del fin perseguido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida¹⁰.

Pero además del *test* ordinario de igualdad, existe lo que se ha denominado el juicio estricto de igualdad¹¹. Este *test* se aplica para analizar la utilización de “categorías sospechosas”, respecto de las cuales “resulta casi imposible imaginar[las] como causa razonable de un trato diferente justificado. Las categorías más usualmente identificadas como sospechosas, como la raza, la nacionalidad, el sexo o las ideas políticas o religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para ninguna distinción o diferencia que el Estado desee hacer para lograr ningún propósito

⁸ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 713, y Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*. Editorial Bosh, Barcelona, España, 2004, págs. 60-62.

⁹ Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional...*; Uprimny, Rodrigo, Camilo Borrero, Danilo Rojas y María Clara Galvis, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en: *Pensamiento Jurídico*, No. 15. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170, párr. 93.

¹¹ Palacios, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2006, pág. 37; Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional...*, pág. 300.

legítimo”¹². Cuando están en juego estas categorías sospechosas, la carga de la prueba se invierte, se presume la ilegitimidad de estas medidas y, en el caso de ser aceptadas, éstas deben ser imperiosas.

Cabe destacar que estas categorías sospechosas, desde esta perspectiva, son concebidas “bilateralmente”¹³ o “simétricamente”. Así,

...si la sospecha reside en que la categoría del sexo es casi en todos los casos irrazonable, entonces, dado que ella se refiere simétricamente tanto a varones como a mujeres... previene de un trato arbitrario llevado a cabo contra cualquier persona, hombre o mujer, a quien se le proporcione un trato que no esté estrictamente fundado en su idoneidad o cualidades necesarias para alcanzar un fin legítimo, y para lo que el sexo, cualquier sexo, será siempre *a priori*, un requisito inadmisibles¹⁴.

Finalmente, esta concepción de la igualdad no requiere del Estado la adopción de ninguna medida positiva, sino únicamente que éste se abstenga de realizar las clasificaciones prohibidas: lo único exigible al Estado es que sus acciones guarden una relación de coherencia entre los medios empleados y los fines perseguidos.

b) Igualdad como protección de grupos sistemáticamente excluidos: la igualdad como no discriminación

Existe una segunda noción de igualdad, que tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que esta situación se siga profundizando, así como revertir los efectos de esta marginación histórica. Los grupos excluidos no son cualquier tipo de agrupación de individuos, sino un “grupo social” que en términos de Owen Fiss, “tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia”. Además “el grupo se distingue por la condición de la interdependencia”, lo que implica que “la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados”, por lo que el “estatus [de sus miembros] resulta determinado en parte por el estatus del grupo”¹⁵. Estos grupos se caracterizan además por “encontrarse en una situación de subordinación

¹² Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 729.

¹³ Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional...*, págs. 170-176.

¹⁴ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 700.

¹⁵ Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”..., págs. 138-139.

prolongada” y porque su “poder político... se encuentra severamente limitado”¹⁶. Los grupos sociales se distinguen de las llamadas “clases artificiales” o meras “clasificaciones”. Estas últimas son “clases de personas agrupadas a partir de una clasificación realizada por una ley o cierta práctica estatal”¹⁷, pero que no comparten una identidad, ni se encuentran en situación de interdependencia, por lo que no se pueden hacer afirmaciones generales sobre su situación socioeconómica o su poder político. En este sentido, los miembros de los grupos en situación de subordinación no son sometidos a meros tratos “arbitrarios”: no se trata de un caso concreto en que un funcionario cometió un error o se extralimitó en sus funciones, no estamos hablando de una mera falta de “razonabilidad” en la formulación o la aplicación de las leyes, sino que se trata de un diseño del sistema social que coloca a estos grupos en una condición desventajosa.

La necesidad de que los Estados adopten medidas en pos de mejorar la condición de estos grupos se fundamenta en una noción de igualdad material en contraposición a la igualdad formal. En efecto, en la sociedad no todos los individuos se encuentran en una misma posición, y el otorgar un mismo trato a personas que se encuentran en posiciones desiguales solamente incrementará las desigualdades existentes. Más aún, esta concepción de igualdad tiene como fin mejorar la posición de estos grupos sistemáticamente situados en desventaja: con el objeto de permitir que éstos salgan de su situación de marginación, puede ser necesario sacrificar o realizar en menor medida otros fines. En este sentido, esta concepción de la igualdad demanda del Estado no solamente el abstenerse de realizar acciones que profundicen la marginación de estos grupos, sino revisar normas que son en apariencia neutrales pero que tienen un impacto discriminatorio sobre los grupos en situación de exclusión¹⁸, y además adoptar medidas positivas para favorecer su integración a la sociedad y su acceso a bienes sociales. Por ello, se relaciona estrechamente con las llamadas “acciones afirmativas” o “medidas especiales”¹⁹. Este tipo de medidas que implican la adopción de medidas

¹⁶ *Ibidem.*, pág. 144.

¹⁷ *Ibidem.*, pág. 145; Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 718 y ss. Ver también, Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en prensa, pág. 7.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero de 2007, párrs. 89 y ss.

¹⁹ También se las conoce bajo el término de “discriminación positiva”, pero el término “discriminación” tiene una connotación negativa que a nuestro

“preferenciales” a favor de estos grupos, se orientan a lograr a largo plazo la integración o reconocimiento de los grupos más vulnerables. Por este motivo, las categorías sospechosas para esta segunda concepción de la igualdad no se conciben en términos simétricos (en términos de “raza” o “sexo”), sino que la categoría sospechosa se encuentra constituida únicamente por el grupo desaventajado (los “afrodescendientes” o “las mujeres”). Esto permite aplicar escrutinios diferenciados a las medidas que tienden a perjudicar al grupo desaventajado (evaluadas con un escrutinio estricto) y a las medidas que buscan favorecerlo (aplicación de un escrutinio intermedio)²⁰.

c) ¿Qué debe entenderse por “discriminación” en el derecho internacional de los derechos humanos”?

Existen disparidades entre los autores que defienden la concepción de la igualdad como protección de los grupos desaventajados en la forma de nombrar esta concepción de la igualdad. Por un lado, Owen Fiss y Roberto Saba han denominado “principio antidiscriminatorio” o de “no discriminación” a la concepción que nosotros hemos llamado de “igualdad ante la ley” o “prohibición del trato arbitrario”, y a esta concepción de la “no discriminación” oponen el principio de protección a los grupos desaventajados o “igualdad como no sometimiento”²¹.

Por otro lado, Christian Curtis concibe que la “simple violación del principio de igualdad” o el “principio de tratamiento igualitario”

juicio tiende a deslegitimar este tipo de medidas. Ver Palacios, Patricia, *La no discriminación...*, pág. 42.

²⁰ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., págs. 734 a 739. Ver también, Gimenez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional...*, págs. 170 a 176.

²¹ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”... Asimismo, Saba distingue entre una versión “individualista” y otra “estructural” en relación con la igualdad, proponiendo interpretaciones que armonizan estas versiones con los principios de no discriminación, de no-sometimiento (o de no-exclusión). Al respecto, indica que el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias **de hecho** entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Ver, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en: Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexos, Buenos Aires, Argentina, 2007. Ver asimismo, Grosman, Lucas S., “La igualdad estructural de oportunidades”, en: Grosman, Lucas S., *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, Argentina, 2008, págs. 65 a 94.

se distingue de la “discriminación”, entendida ésta como una violación “agravada” del principio de igualdad, que no es “cualquier forma arbitraria de menoscabo de un derecho”, sino que se basa en “la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”²². En el mismo sentido, Asbjorn Eide y Torkel Opsahl relacionan los conceptos de “igual protección de la ley” y “no discriminación” con conceptos más modernos de igualdad, surgidos en los siglos XIX y XX, relacionados con la necesidad de extender la “protección” de las leyes a grupos que habían sido excluidos de ella, como los esclavos, y que fueron dando contenido a una idea más “activa” de igualdad como “creación de la igualdad por medio de la ley”, a través de las acciones afirmativas²³. Es decir, un grupo de autores utiliza la etiqueta “discriminación” para referirse a la igualdad formal mientras que otros la utilizan para designar al principio de protección de los grupos desaventajados.

En este artículo, adoptaremos la segunda postura, porque consideramos que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos la idea de “discriminación” se ha desarrollado de forma más intensa en relación a la protección de estos grupos y más allá del simple principio de igualdad ante la ley, lo que por supuesto no ha evitado que muchas veces ambos conceptos se hayan confundido y que se haya utilizado también la idea de “discriminación” para referirse a un simple tratamiento desigual y arbitrario²⁴.

En efecto, la idea de igualdad como protección de grupos desaventajados se ha desarrollado en los tratados internacionales de derechos humanos específicamente “antidiscriminatorios” y referidos a grupos determinados²⁵, como las mujeres, las minorías étnicas o raciales o

²² Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”..., págs. 7, 8 y 14. Sobre la interacción entre diversas formas de discriminación, ver Rey Martínez, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 84, 2008, págs. 251-283.

²³ Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., págs. 8 y 9.

²⁴ Por ejemplo, según Dinah Shelton, “términos tales como “igualdad”, “igual protección”, “no discriminación” y “sin distinción” aparentemente se utilizan indistintamente. Ver Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, pág. 19.

²⁵ Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., pág. 9; Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”..., págs. 7.

las personas con discapacidad²⁶. En estas convenciones se ha definido específicamente el término “discriminación” orientándolo a la protección de grupos determinados en situación de vulnerabilidad, y se contempla la adopción de medidas afirmativas a favor de éstos²⁷. Por ello, creemos que en derecho internacional corresponde reservar el término “discriminación” para referirnos a la concepción de la igualdad como protección de grupos desaventajados.

d) Las concepciones de igualdad en la Convención Americana

Ahora bien, a nuestro juicio es posible distinguir en el marco de la Convención Americana ambas concepciones de la igualdad. En particular, el artículo 24 de dicho instrumento establece que

Todas las personas son **iguales ante la ley**. En consecuencia, tienen derecho, **sin discriminación**, a **igual protección** de la ley²⁸.

En esta formulación es posible diferenciar una primera parte, relativa a la “igualdad ante la ley”, esto es, a la que hemos denominado igualdad como prohibición del trato arbitrario; y una segunda sección relativa a la “igual protección de la ley” y a la prohibición de la discriminación. Esta segunda parte se complementa con el artículo 1.1 en el cual se detallan las “categorías sospechosas” de discriminación:

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 social²⁹.

Como se puede colegir de una lectura textual del artículo 24, el principio de no discriminación podría entenderse como una “consecuencia” del principio de igualdad ante la ley, esto es, habría una relación género-especie entre ambos principios. Ello negaría la posibilidad de contradicción entre los mismos. Sin embargo,

²⁶ Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), de 1965, a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW), de 1979, y a las convenciones interamericana y universal respecto a personas con discapacidad.

²⁷ Artículo 2.2 del CERD, artículo 4 de la CEDAW, artículo I.2.b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

²⁸ El subrayado es nuestro.

²⁹ El subrayado es nuestro.

esta afirmación ha sido criticada por algunos autores: es cierto que muchos casos de discriminación son además casos de vulneración de la igualdad ante la ley, por ejemplo, cuando se impide a las mujeres administrar la sociedad conyugal, o cuando se obliga a los afrodescendientes a ceder su puesto sentado en los autobuses. Pero el principio de igualdad ante la ley es muchas veces insuficiente para hacer frente a los casos de leyes en apariencia neutrales pero que tienen un impacto desproporcionado en ciertos grupos (por ejemplo, cuando se alega que la municipalización de la educación genera que los afrodescendientes, que viven en los municipios pobres, obtengan una peor educación). Más aún, en ciertos casos el principio de igualdad ante la ley es contrario a la aplicación de medidas afirmativas a favor de los grupos en situación de vulnerabilidad, puesto que estas medidas tienden a contrariar la estricta racionalidad medio-fines que se encuentra a la base de dicha concepción³⁰. El fijar cuotas de ingreso a la universidad o al parlamento para mujeres, afrodescendientes o indígenas, podría dar lugar a reivindicaciones de los candidatos desplazados, que en condiciones de competitividad hubiesen sido considerados más **idóneos** para ocupar el puesto o cargo³¹.

Esto no implica que en la interpretación de la Convención Americana deba eliminarse una concepción en beneficio de la otra. Más bien, debe entenderse que las dos concepciones coexisten, complementándose en los aspectos en que una de ellas resulte insuficiente. En cuanto a los casos de contradicción (por ejemplo, cuando el miembro de un grupo dominante reclama que se ha violado su derecho a la igualdad ante la ley debido a la aplicación de una medida afirmativa³²), debiera primar la concepción de la igualdad como no discriminación³³. Esto ya que un concepto de igualdad formal debiera aplicarse “sólo en condiciones [iniciales] de igualdad que no existen cuando un grupo es sojuzgado y sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos”³⁴.

³⁰ Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”..., pág. 27.

³¹ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 734 a 740; Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”..., pág. 148.

³² Ver Comité de Derechos Humanos, *Jacobs contra Bélgica*, Comunicación No. 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004. En este caso, un hombre reclamaba por una violación a su derecho a la igualdad, debido a la aplicación de una ley de cuotas que buscaba favorecer a las mujeres.

³³ Una justificación detallada de esta posición en Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”..., págs. 160 a 165.

³⁴ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 736.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estas dos concepciones de la igualdad en su informe sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Dicho órgano ha establecido, *inter alia*, que

El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho³⁵.

En suma, si bien la aplicación del principio de no discriminación debe ser una prioridad en términos políticos y sociales tanto de los Estados como de los órganos de supervisión, esto no implica que en los casos en que se presentan tratos desiguales arbitrarios que no involucran a grupos en situación de vulnerabilidad, no sea decretada una violación del derecho a la igualdad. A continuación se estudia el análisis de igualdad desarrollado por la Corte Interamericana en el *Caso Apitz*, centrándonos en la pregunta de si ambas concepciones de la igualdad fueron identificadas por el Tribunal.

2. La no violación del derecho a la igualdad en el Caso Apitz

En el *Caso Apitz* la Corte analizó la destitución de tres de los cinco magistrados de la segunda corte más importante de Venezuela en octubre de 2003. Los cinco miembros de dicha Corte habían concurrido unánimemente a un fallo que motivó un procedimiento disciplinario³⁶. Sin embargo, solamente las 3 víctimas del caso fueron destituidas, mientras que a las dos otras magistradas no se les aplicó la sanción, o bien ésta fue revocada, en razón de que cumplían con los requisitos para jubilarse. La Corte estaba llamada a analizar si dicha diferencia de trato se basaba en una justificación “objetiva y razonable”. La Corte constató que “los cinco jueces tenían un grado idéntico de

³⁵ CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”..., párr. 99.

³⁶ En dicho fallo, los cinco jueces concedieron un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. Haber concedido este amparo fue catalogado como un “error judicial inexcusable” por una sala del Tribunal Supremo. Ello originó el proceso disciplinario y la posterior destitución. Corte IDH, *Caso Apitz*..., párr. 2.

responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación”, por lo que consideró que “la condición de jubilación e[ra] una premisa extraña al juicio disciplinario”. Luego declaró que “no era necesario efectuar el reemplazo de destitución por jubilaciones y que podía efectuarse tanto lo uno como lo otro en forma simultánea”, y por último afirmó que “los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario”³⁷. Sin embargo, la conclusión final de la Corte fue que a pesar de todo esto,

el Tribunal no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse. En efecto, la Corte no tiene facultad para decidir que las magistradas Marrero y Morales debieron haber sido sancionadas tal y como lo fueron las víctimas. Así, no es posible afirmar que el derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas. En conclusión, en este caso no procede decretar una violación al derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención.

La Corte ofrece dos tipos de argumentos para decretar que no existió violación del derecho a la igualdad: a) afirma que no es competente para pronunciarse sobre la materia, y b) declara que la Convención no otorga a las víctimas el derecho que están reclamando. Respecto de este segundo punto, el Tribunal cita el precedente del caso *Brinkhof vs. Países Bajos* del Comité de Derechos Humanos. Este caso se relaciona con un objetor de conciencia al servicio militar que consideraba vulnerado su derecho a la igualdad debido a que a los Testigos de Jehová no se les exigía un servicio sustitutivo que a él sí se le exigía. El Comité declaró en dicha ocasión que

conceder la exención a un solo grupo de objetores de conciencia y aplicarla a todos los demás no se puede considerar razonable [toda vez que] cuando [se] reconoce el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, no [se] puede establecer diferencias entre unos objetores de conciencia y otros sobre la base de la naturaleza de sus creencias particulares. Sin embargo, en el presente caso, el Comité considera que el autor no ha demostrado que sus convicciones como pacifista son incompatibles con el sistema de servicio sustitutivo de los Países Bajos, ni que el trato privilegiado concedido a los Testigos de Jehová afectó negativamente a sus derechos como objetor de conciencia al servicio militar³⁸.

A continuación analizaremos críticamente los argumentos centrales desarrollados por la Corte.

³⁷ *Ibidem*, párrs. 197, 198 y 200.

³⁸ Comité de Derechos Humanos, *Brinkhof v. The Netherlands, Communication No. 402/1990*. CCPR/C/48/D/402/1990, 27 de julio de 1993, párr. 9.3.

a) Una problemática aplicación de la “fórmula de la cuarta instancia”

La Corte declaró que “no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse”, lo cual pareciera sugerir que se consideraba impedida de pronunciarse sobre el problema de fondo por una cuestión de competencia en razón de la materia. A esta consideración parece subyacer la llamada “fórmula de la cuarta instancia”, esto es, la doctrina según la cuál la Comisión y la Corte Interamericana “no tiene[n] el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional”³⁹. La Corte parece entender en este caso que la determinación de quiénes eran merecedores de la sanción administrativa era una cuestión que debía decidirse en sede interna, y que no estaba sujeta a revisión de un tribunal internacional.

Sin embargo, lo que impide la fórmula de la cuarta instancia es “revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, **a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención**”⁴⁰. El órgano de supervisión internacional “no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales”⁴¹, salvo cuando se afecten derechos consagrados en la Convención. Lo que impide entonces la fórmula de la cuarta instancia no es que la Corte revise los fallos de tribunales internos de un Estado, sino que lo haga cuando las alegaciones no caractericen *prima facie* una violación de un precepto convencional.

El razonamiento de la Corte pareciera constituir un uso inadecuado de la fórmula de la cuarta instancia. En efecto, y tal como se señaló párrafos más arriba, la Corte sí consideró que existían cuestiones relativas al derecho a la igualdad comprometidas en este caso: esto bastaba para que el Tribunal pudiese pronunciarse sobre el fondo del asunto, aceptando o negando la existencia de una violación. Tampoco el Estado había cuestionado la admisibilidad de este alegato, ni existía alguna de las excepciones a la competencia de la Corte.

³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 94, y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 171.

⁴⁰ CIDH, *Marzioni vs. Argentina*, Informe N° 39/96, Caso 11.673, 15 de octubre de 1996, párr. 50. El subrayado es nuestro.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 51.

De otra parte, el Tribunal indica que “no tiene facultad para decidir que las [otras dos] magistradas debieron haber sido sancionadas tal y como lo fueron las víctimas”. La justificación que subyace a esta afirmación podría ser la imposibilidad en la que se encuentran los tribunales internacionales de derechos humanos de determinar la responsabilidad de particulares, pues la competencia de la Corte “se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos”⁴². Nosotros concordamos con este razonamiento de la Corte, más aún cuando dichas magistradas no hacían parte del proceso internacional y su indefensión al respecto hubiera resultado evidente. Sin embargo, en este caso las otras dos juezas no eran las “responsables” del alegado trato desigual, sino simplemente sus beneficiarias, siendo el “responsable” de esta acción el órgano disciplinario que realizó el supuesto trato desigual. La constatación de un trato desigual violatorio de la Convención no implica que el Tribunal resuelva la situación jurídica de las dos magistradas ajenas al procedimiento ante la Corte. Este punto siempre va a recaer en los tribunales nacionales respectivos al momento de valorar los efectos de un pronunciamiento internacional.

b) La Corte omitió entender el trato arbitrario como violación del derecho a la igualdad

Si bien la Corte esgrimió su falta de competencia para no declarar una violación, de todas formas evaluó el fondo del problema de igualdad involucrado en este caso. El Tribunal estudió la situación de destitución de las tres víctimas en contraposición a la jubilación de las otras dos magistradas y realizó un análisis de la diferenciación efectuada en términos de racionalidad entre medios y fines:

La cuestión que se plantea entonces es si el cumplimiento de los requisitos de jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma disciplinaria aplicada, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces. La Corte considera que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución. La Corte constata que los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de

⁴² Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 56. Ver también, entre otros, Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas...*, párr. 181, y Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 56.

que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación⁴³.

La Corte evaluó la racionalidad entre el medio (la diferenciación en base a la jubilación) y el fin de la norma sancionatoria (asegurar la idoneidad de los jueces), y consideró que la diferencia aplicada era una premisa extraña, y por tanto inadecuada, para alcanzar dicho objetivo. Es decir, se declaró que la jubilación era un criterio ajeno a la norma disciplinaria y que, por ende, no debió tener influencia en la determinación de la sanción. Aún más, la Corte realiza un análisis de la necesidad de aplicar el trato diferenciado, y concluye que

en otros casos fue posible aplicar la sanción correspondiente a un ilícito disciplinario y, simultáneamente, conceder aquel derecho social a quien cumplía con los requisitos para ello [...por lo que] no era necesario efectuar el reemplazo de destitución por jubilaciones y que podía efectuarse tanto lo uno como lo otro en forma simultánea⁴⁴.

En resumidas cuentas, la Corte utiliza en su razonamiento la concepción de “igualdad ante la ley” o “prohibición del trato arbitrario” que es efectivamente la que correspondía a este caso, pues no nos encontramos frente a ningún grupo social sistemáticamente marginado, sino frente a una diferenciación que se hace en base a una mera clasificación legal entre “jueces que cumplen con los requisitos para jubilarse” y “jueces que no cumplen con dichos requisitos”. En consonancia con el “test débil” de igualdad (cfr. *supra*) que hubiese sido el adecuado para este caso, al no cumplirse la condición mínima de idoneidad entre medios y fines de la norma, la Corte hubiese tenido que declarar la existencia de una violación al derecho a la igualdad.

Sin embargo, la Corte, basándose en el caso *Brinkhof* señaló que las víctimas en el *Caso Apitz* no tenían “la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas”. Esto tiende a demostrar que si bien el trato desigual no era ni “razonable” ni “necesario”, no constituye una violación del derecho a la igualdad porque a pesar de lo injustificado que hubiera sido el trato dispensado, la situación de las víctimas no sería distinta de no haber existido dicho trato. En efecto, las víctimas no tendrían un derecho propio a que se sancione a otras personas, y de haberse otorgado un trato idéntico a los cinco magistrados no se encontrarían en una mejor posición que la que tienen después del trato desigual, pues lo adecuado en este caso era que se sancionara a los cinco jueces por igual. Es decir, como consecuencia

⁴³ Corte IDH, *Caso Apitz...*, párr. 197.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 198.

del trato privilegiado otorgado a las dos magistradas **no se habrían visto perjudicados en el goce de ningún derecho**⁴⁵.

Cabría preguntarse si esta exigencia según la cual el trato diferenciado debe acarrear la “afectación negativa” de otro derecho es una exigencia que se debe incorporar en los casos de igualdad relativos a tratos arbitrarios, o bien si es un requisito que se relaciona más con la igualdad concebida como no discriminación, y que por tanto no cabría aplicar en todos los casos de igualdad ante la ley.

Al respecto cabe analizar la definición de discriminación en los tratados antidiscriminatorios que buscan la protección de grupos específicos en situación de vulnerabilidad, como el CERD o la CEDAW, entre otras, los cuales entendieron que toda discriminación tenía “por objeto o por resultado **menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio**” de los derechos humanos o libertades fundamentales del grupo desaventajado en cuestión⁴⁶.

⁴⁵ En efecto, el Tribunal ha considerado que para que exista la violación del derecho a la igualdad, el trato diferenciado que no es ni objetivo ni razonable debe tener además como consecuencia el “detrimento” de un derecho humano: “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**”, Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 84.

⁴⁶ Así, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) de 1965, se entiende por discriminación racial 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**. Asimismo, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, se entiende como “discriminación contra la mujer” 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**. En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad, el artículo I.2 establece que “a) 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**. El Artículo 1 de la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza establece que “se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga **por**

Como vimos en la primera parte de este artículo, estos tratados referidos a sectores específicos de la población se encuentran ligados a la concepción de la igualdad como protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Su definición de “discriminación” es funcional al resguardo de estos grupos. Y efectivamente, cada vez que un miembro de un grupo socialmente desaventajado es tratado en forma desigual, como consecuencia de su condición de miembro del grupo, no solamente se afecta su derecho a la igualdad, sino que como consecuencia de ello se refuerza su situación de exclusión que implica impedir su posibilidad de acceder a todos sus demás derechos y a todo tipo de bienes sociales⁴⁷.

Esto no ocurre en el caso de los miembros de grupos “artificiales”, en los que no existe tal relación de interdependencia, y cuya integración a la sociedad no se pone en entredicho por el hecho de ser mejor o peor tratados. Por este motivo, es posible imaginar casos de desigualdad por tratos arbitrarios en el que un privilegio otorgado a un grupo no produce necesariamente un “menoscabo” en otro derecho de la persona, sino únicamente la propia injusticia que se deriva del trato desigual arbitrario. Así por ejemplo, cuando el productor de leche que reclama porque se otorgaron subsidios a los productores de miel, por el solo hecho que estos últimos se encuentran emparentados con miembros del gobierno, no está siendo “perjudicado”, en tanto él tampoco tenía necesariamente derecho a dicho subsidio. El que se beneficie a otro sin un objetivo legítimo no necesariamente vuelve peor la situación del que no es privilegiado⁴⁸.

Este análisis no pone en duda el hecho de que todo problema de igualdad sea una cuestión “relacional”, esto es, que exista un trato diferenciado respecto de ciertos intereses o cargas (los subsidios, en

finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”. El Artículo 1 del Convenio (No. 111) Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de la Organización Internacional del Trabajo comprende como discriminación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social **que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación**”.

⁴⁷ Alarcón, Carlos, “Igualdad y derechos humanos”, en: Soriano, Ramón, Carlos Alarcón y Juan Mora (directores), *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, España, 2000, pág.112.

⁴⁸ En comentarios a una primera versión de este escrito, Ariel Dulitzky señaló, en términos generales, que en los casos donde se otorgan privilegios a algún sector, quienes no lo reciben podrían quedar en una peor situación de competitividad, no porque se les prive de algo sino porque los otros sectores que se benefician podrían estar en mejores condiciones que las anteriores a recibir el privilegio. Al respecto, el énfasis de nuestro argumento es en el carácter injustificado del motivo para el trato arbitrario, con independencia del resultado de dicho trato.

el ejemplo mencionado). Pero ese “algo” respecto del cual se hace una diferencia no necesariamente implica que un grupo se encuentre mejor posicionado **a costa o en desmedro** del otro grupo. Por el contrario, en el caso de grupos sociales desaventajados, el privilegio del grupo dominante refuerza su situación de exclusión y, por ende, siempre menoscaba sus derechos.

En este sentido, el trato arbitrario podría constituir en sí mismo una violación del derecho a la igualdad ante la ley, independientemente de si se produce o no el menoscabo de otro derecho o libertad. Este punto es el que la Corte pareciera no reconocer en el *Caso Apitz*. A nuestro juicio, no se distinguió entre las dos concepciones de igualdad, dado que al requerir la afectación en el goce de un derecho distinto a la igualdad, se exige un requisito que se relaciona con la igualdad como “no discriminación” en tanto herramienta para la protección de grupos vulnerables. Sin embargo, el *Caso Apitz* no se relacionaba con este tipo de grupos.

En suma, dentro del artículo 24 de la Convención coexisten dos diferentes concepciones de la igualdad. Una se refiere al hecho que “[t]odas las personas son iguales ante la ley” y exige la igualdad de tratamiento y la abstención de aplicar criterios arbitrarios entre dos personas o grupos de individuos que han sido “clasificadas” en virtud de ciertos criterios “artificiales”. En estos casos debe realizarse un análisis de racionalidad entre medios y fines, y cuando no exista relación alguna de idoneidad entre ambos –que es lo que ocurrió en el *Caso Apitz*–, o bien cuando el fin de la norma sea ilegítimo conforme a la Convención, innecesario teniendo en cuenta alternativas menos lesivas o desproporcionado, debe declararse la violación. En estos casos la carga de la prueba recae en los peticionarios (cfr. *supra* 1.a).

La segunda se refiere al “derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y se aplicará cuando nos encontremos frente a grupos sistemáticamente excluidos o marginados. Exige del Estado la adopción de medidas no solamente negativas sino positivas de integración, reconocimiento o mejora de la situación de estos grupos que les permita acceder a los bienes sociales y romper jerarquías estructurales (*supra* 1.b). En estos casos, la carga de la prueba se invierte en contra del Estado si las medidas perjudican al grupo sistemáticamente excluido. Por el contrario, se debe realizar un análisis menos estricto de las medidas que tienden a mejorar la situación de este grupo, como ocurre con las acciones afirmativas.

Ambos principios pueden coexistir en la interpretación del artículo 24, de la misma forma que en el derecho comparado se han aplicado *tests* o escrutinios diferenciados para situaciones que ponen en juego diversas hipótesis de vulneración del derecho a la igualdad. Estas diferencias son relevantes toda vez que podría resultar problemático que se analicen bajo los mismos criterios la situación de discriminación estructural en la que se encuentran, por ejemplo, los pueblos indígenas, y la situación de grupos de productores a los que el Estado no otorga los mismos subsidios.

En el *Caso Apitz* no se justificaba que la Corte introdujera consideraciones relativas a condiciones de “discriminación”, como era el exigir el “menoscabo” en un derecho distinto de la propia igualdad.

3. El Caso Apitz y la diferenciación entre la cláusula autónoma y la cláusula subordinada de igualdad y no discriminación

Acabamos de analizar la existencia de al menos dos concepciones de la igualdad diferenciadas que pueden servir para interpretar el artículo 24 de la Convención. Sin embargo ésta no es la única cláusula de igualdad presente en la Convención. El artículo 1.1 de dicho instrumento establece que

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.

Han existido extensas discusiones sobre la diferencia que debiera existir entre la cláusula de igualdad del artículo 24 –concebida como una “cláusula autónoma”– y aquella del artículo 1.1 – la llamada “cláusula subordinada”⁴⁹. El *Caso Apitz* introduce en la jurisprudencia de la Corte Interamericana una diferenciación entre ambos artículos,

⁴⁹ Ver, *mutatis mutandi* respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”, traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 3-5. Título original: Bayefsky, Anne, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, págs. 1-34; y respecto de la Corte Europea de Derechos Humanos, Eide, Asbjorn y Torkel Opsahl, “Equality and non discrimination”..., págs. 38 a 42.

cuando señala respecto de un alegato de “discriminación en materia procesal”⁵⁰ que

los alegatos del representante no deben analizarse bajo la óptica del artículo 24 convencional, sino bajo la obligación general de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención. 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, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En 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, violaría el artículo 24. Dado que los alegatos en el presente caso se refieren a una supuesta discriminación en la garantía judicial de ser oído dentro de un plazo razonable, el asunto debe analizarse bajo los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención⁵¹.

A continuación analizaremos la línea jurisprudencial sobre la relación entre estas dos cláusulas⁵² y las justificaciones que existen para esta diferenciación. Finalmente, evaluaremos la relación que puede existir entre las cláusulas y las concepciones de la igualdad que hemos detallado en la primera parte.

a) Una distinción inicial entre las dos cláusulas de igualdad. La opinión consultiva OC-4 de 1984

La diferencia entre los ámbitos de aplicación del artículo 24 y del artículo 1.1 es muy temprana en la jurisprudencia del Tribunal, e

⁵⁰ El representante alegaba que se había discriminado a las víctimas en el ámbito procesal porque un recurso presentado por las víctimas no se había fallado aún después de tres años, mientras que un recurso similar presentado por otra de las magistradas de la Corte Primera se había resuelto en menos de dos años. La Corte desechó este alegato porque los recursos tenían un contenido completamente diferente, por lo que no se presentaba un problema de trato desigual en este caso. Ver Corte IDH, *Caso Apitz...*, párrs. 208 a 215.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 209.

⁵² En la Convención Americana existen otras cláusulas de igualdad además de los artículos 1.1 y 24, respecto de las cuáles también valdría la pena analizar su ámbito de aplicación, es decir, si deben declararse violadas de forma independiente o en conjunción con alguna de las cláusulas generales. Por ejemplo, el artículo 17.2 contempla el derecho “a contraer matrimonio y a fundar una familia [en] las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”; el artículo 17.3 habla de la “igualdad de derechos” de los cónyuges; el artículo 17.5 se refiere al reconocimiento de “iguales derechos” a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; el artículo 23.1.c se refiere al derecho “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”, y el artículo 27 establece que ciertas obligaciones convencionales del Estado podrán ser suspendidas “siempre que tales disposiciones... no entrañen discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

incluso anterior al precedente *Broeks vs. los Países Bajos* del Comité de Derechos Humanos que asentó la distinción entre cláusulas autónomas y subordinadas de igualdad en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³. En efecto, en su opinión consultiva OC-4/84 de 1984 sobre *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte afirmó que:

El artículo 1.1 de la Convención,... es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado,... 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 misma⁵⁴.

Luego el Tribunal al definir el alcance del artículo 24 sostuvo que:

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 ley⁵⁵.

Es decir, la Corte establece claramente la distinción entre la cláusula autónoma del artículo 24 y la cláusula subordinada del artículo 1.1. De este fallo pueden extraerse varios criterios.

El primero, es que el artículo 1.1 contiene, además de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, una tercera obligación, que es la obligación de no discriminación. Por ello, cuando un derecho convencional se ve menoscabado por un trato discriminatorio, debería declararse la violación de ese derecho sustantivo junto con el artículo 1.1, respecto de la obligación específica de no discriminar. Por

⁵³ “[E]l artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2”, sino que “prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquier a de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma”. Comité de Derechos Humanos, *Caso Broeks vs. los Países Bajos*. Comunicación No. 172/1984, decisión de 9 de abril de 1987 (29º periodo de sesiones), párr. 12.3.

⁵⁴ Corte IDH, *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. 53.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 54.

supuesto, es posible interpretar que la obligación de garantía incluye la obligación de no discriminar. Sin embargo, nuestro interés es una mayor visibilización y precisión de las situaciones de discriminación estructural que se encuentran como trasfondo de los atentados contra los deberes de respeto y garantía⁵⁶.

En segundo lugar, la conclusión lógica de la diferencia efectuada por la Corte es que la violación del artículo 24 no debiera producirse en conjunto con otro derecho sustantivo de la Convención, sino que debiera declararse por sí sola, y no necesariamente en conjunto con el artículo 1.1 respecto de la obligación de no discriminar, aunque sí respecto de las obligaciones de respeto y garantía.

La jurisprudencia posterior a esta decisión de 1984 no volvió a “precisar las diferencias” entre ambos artículos, salvo en los casos *Saramaka* (de 2007) y *Apitz*, que serán analizados posteriormente.

b) La no distinción entre las cláusulas. De la OC-11 de 1990 hasta el Caso del Penal Miguel Castro Castro de 2006

En las opiniones consultivas que siguieron a la OC-4/84 no se vuelve a distinguir claramente entre ambos artículos. En la OC-11 de 1990 sobre *Excepción al agotamiento de los recursos internos*, la Corte analiza si el requisito de agotar los recursos internos se aplica a situaciones de indigencia que, debido a circunstancias económicas, impiden hacer uso de los recursos jurídicos. Al respecto, la Corte realiza una interpretación de los artículos 1.1 y 24, y señala que

La parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la *posición económica*. El sentido de la expresión *discriminación* que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley⁵⁷.

⁵⁶ En similar sentido, según Dinah Shelton, la negativa de los órganos internacionales de analizar problemas de discriminación por el hecho de ya haberse declarado la violación de una disposición sustantiva del tratado “constituye una subvaloración considerable del daño adicional que implica la negación de un derecho por motivos de discriminación”. Ver Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”..., pág. 23.

⁵⁷ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 22.

Luego la Corte afirma que se debe leer “el artículo 46.2,... a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8”⁵⁸.

Si bien es correcto que la Corte interprete el término “discriminación” del artículo 24 a la luz del artículo 1.1 que detalla cuáles son las “categorías sospechosas” por las que se encuentra prohibido realizar distinciones, ¿era en este caso necesario considerar una violación al artículo 24 teniendo en cuenta la distinción entre cláusula autónoma y subordinada? Creemos que en este caso no procedía considerar que el problema correspondía al alcance del artículo 24, sino del artículo 1.1, puesto que todos los derechos en juego en el caso que una persona en situación de indigencia no logre acceder al sistema judicial son derechos contenidos en la propia Convención, como el artículo 8, el artículo 25 o bien el propio artículo 1.1 en el sentido que la obligación de “garantizar” los derechos contenidos en la Convención exige que el Estado establezca los medios jurídicos para su protección. Por lo anterior, la situación de las personas en situación de indigencia podía analizarse dentro del marco de los derechos convencionales y, por tanto, la referencia al artículo 24 podría parecer innecesaria.

Doce años después, la Corte vuelve a referirse al derecho a la igualdad en su opinión consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. En esta ocasión el Tribunal reitera el criterio de distinción entre cláusula autónoma y subordinada enunciado en la OC-4/84⁵⁹, sin embargo señala 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 aquella**”⁶⁰. En esta redacción se confunde la idea de un “fin legítimo conforme a la Convención” (que el fin del Estado no sea contrario al aseguramiento de los derechos convencionales) con la idea de un “fin convencional” (que el fin del Estado sea únicamente el aseguramiento de derechos convencionales). La segunda hipótesis podría ser más restrictiva que la primera y pareciera ser contraria al objeto del artículo 24 que protege el derecho a la igualdad y no discriminación en relación con derechos no contemplados en la Convención. En la OC-17/02, la Corte parece entonces confundir ambas cláusulas y limitar el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad a los derechos contenidos en la Convención.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 31.

⁵⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 43 y 44.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 55.

La siguiente oportunidad en la que la Corte se pronunció sobre el derecho a la igualdad fue en su opinión consultiva sobre *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, donde no se alude directamente a la diferencia entre las cláusulas del artículo 1.1 y 24. Sin embargo, al asentar el criterio según el cuál el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *jus cogens*, el Tribunal reafirma la relevancia de la cláusula autónoma de no discriminación, al establecer que “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 [las] obligaciones [de respeto y garantía de los derechos humanos] sin discriminación alguna”⁶¹. Es decir, la Corte reitera la importancia que tiene la aplicación del principio de igualdad y no discriminación más allá de los derechos convencionales. Sin embargo, no precisa la función que debieran tener respectivamente los artículos 1.1 y 24 en la protección de dichos derechos, por tanto, la OC-18/03 no contribuye a aclarar el objeto particular de nuestro análisis.

Las primeras aplicaciones del principio de igualdad a casos contenciosos las hace el Tribunal en el caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, en el que la Corte hace una rápida referencia al hecho de que esta comunidad *maroon* puede haberse sentido discriminada, pero sin declarar ninguna violación por este hecho⁶². De forma algo más elaborada, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* la Corte

consider[ó] oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24... y 1.1... de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo

⁶¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 100. El subrayado es nuestro.

⁶² Los *maroons* son descendientes de antiguos esclavos originarios de África que fueron llevados a trabajar en las plantaciones de Surinam, pero que lograron escapar, constituyendo comunidades autónomas. En este caso, más de 40 miembros de esta comunidad fueron masacrados por soldados y muchos otros fueron obligados a desplazarse. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 94.

razonamiento debe aplicar la Corte... para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana⁶³.

Es decir, el Tribunal estimó que en aplicación del principio de igualdad y no discriminación debía contemplarse la situación particular de las comunidades indígenas y otorgarles un trato diferenciado acorde a ella, tanto por los Estados en su ordenamiento interno como por la Corte al interpretar las disposiciones convencionales. Sin embargo, nuevamente la Corte no declaró violadas ninguna de las cláusulas de igualdad, lo que a nuestro juicio es problemático, pues es necesario visibilizar el hecho que las minorías étnicas, que son grupos sociales desaventajados, viven una situación estructural de discriminación. El no reconocimiento de un derecho a un recurso judicial efectivo⁶⁴ y a la propiedad comunal⁶⁵ no eran violaciones individuales respecto de personas aisladas, sino el resultado de una omisión del Estado, que no tomó en consideración la diferencia de situaciones entre indígenas y no indígenas al momento de garantizar el derecho de propiedad, prefiriéndose finalmente la “explotación racional” de la tierra por sobre las necesidades de los indígenas. En este sentido, la utilización de la cláusula subordinada de no discriminación hubiese tenido que ser utilizada por la Corte para declarar que no solamente se violaban los artículos 8, 25 y 21 en relación con la obligación de respeto y garantía del artículo 1.1, sino también en relación con su obligación de no discriminación. Lo mismo puede decirse del caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*⁶⁶.

En *Yatama vs. Nicaragua*, del año 2005, es la primera vez que la Corte declara en un caso contencioso la violación de la obligación de no discriminar. Se trata del caso de comunidades indígenas que son obligadas a constituirse en partidos políticos para poder participar en las elecciones municipales, lo que afectaría su derecho a ser elegidos, puesto que se ven obligados a organizarse de forma contraria a sus costumbres, su organización y su cultura. En una sección de la sentencia en la que analiza de forma general el principio de igualdad, la Corte vuelve a precisar su distinción entre las cláusulas autónomas y subordinadas ya establecida en la OC-4/84:

⁶³ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 51.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 98.

⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 155 y 156.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrs. 59 y 60.

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 apruebe⁶⁷.

Sin embargo, en su análisis de la garantía de los derechos políticos, 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 ejercicio⁶⁸.

Y al momento de declarar las violaciones pertinentes, la Corte declara que el Estado incumplió en conjunto todas estas disposiciones⁶⁹. Es decir, el Tribunal parece no tomar en cuenta la distinción efectuada, declarando la violación del artículo 24 –cláusula autónoma– en conjunto con otro derecho sustantivo de la Convención –el derecho a ser elegido del artículo 23– y junto con el artículo 1.1. Respecto a este último no se hace explícita la violación de la obligación de no discriminación. Podría tal vez entenderse que la Corte declaró violado el artículo 24 puesto que los requisitos establecidos en la Ley Electoral de Nicaragua contrariaban también derechos de los pueblos indígenas reconocidos a nivel interno en la Constitución⁷⁰, pero la Corte no lo precisa.

En el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, referido al derecho a la nacionalidad de niñas de ascendencia haitiana pero nacidas en República Dominicana, la Corte encontró que

por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento⁷¹.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 186.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 201.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 229.

⁷⁰ *Ibidem*, párrs. 205 y 218.

⁷¹ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*.

Esta formulación, no permite apreciar con claridad si la violación del artículo 24 se deriva de un trato “contrario a la normativa interna”, toda vez que se declara violado conjuntamente un derecho sustantivo de la Convención (artículo 20 que establece el derecho a la nacionalidad) en conjunción con la cláusula autónoma de igualdad del artículo 24⁷².

En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, el señor López pertenecía a una comunidad garífuna y se le prohibió hablar su idioma materno mientras se encontraba privado de su libertad. La Corte determinó la violación

de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y de la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, y por el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1⁷³.

En este caso, la Corte está utilizando al artículo 24 como una cláusula subordinada, y la provisión antidiscriminatoria del artículo 1.1 pareciera no tenerse en cuenta, pues solamente se la considera en su aspecto de obligaciones de respeto y garantía.

En los casos *Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte no vuelve a utilizar la cláusula del artículo 24 como una cláusula subordinada. En estos casos, la Corte afirma la existencia de un deber para el Estado de otorgar a grupos vulnerables y marginalizados –comunidades indígenas y personas con discapacidad– un tratamiento particular que permita ejercer los derechos convencionales que se han visto menoscabados por la situación de discriminación estructural en la que se encuentran⁷⁴, pero

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 174.

⁷² Por su parte, Courtis considera que “el análisis efectuado por el tribunal es excesivamente complicado en relación con los hechos del caso. Era bastante más sencillo y adecuado decir que el Estado violó la prohibición de discriminación por su actuación, al adoptar regulaciones y al aplicarlas con la intención o el efecto de excluir a personas pertenecientes a una minoría étnica/nacional del goce de un derecho, que decir –como parece hacerlo la Corte– que la violación se produjo por falta de adopción de medidas positivas. En el caso, el Estado trató peor a las niñas de ascendencia haitiana que a quienes no pertenecían a esa minoría – es decir, distinguió perjudicándolas. Las medidas positivas se justifican cuando la igualdad de trato es insuficiente para garantizar el goce y ejercicio del derecho – en este caso, bastaba con la igualdad de trato”. Ver, Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”..., págs. 17.

⁷³ Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 174.

⁷⁴ En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte estableció que: “Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al

luego, después de constatar que el Estado no ha cumplido con estos deberes, no procede a declarar que el no otorgar las medidas especiales adecuadas constituye una violación de la obligación de no discriminar contenida en el artículo 1.1. Como ya hemos señalado, si bien podría interpretarse que la obligación de no discriminación se incluye dentro de la obligación de garantía, es necesario visibilizar con mayor claridad el tipo de violación que corresponde a la igualdad como protección de grupos desaventajados

Es respecto de otro grupo de personas sistemáticamente discriminado –las mujeres– que se pronuncia la sentencia del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. La Corte declaró que el Estado tenía la obligación de no discriminar a las mujeres en condiciones de detención, que la violencia sexual es una forma de discriminación⁷⁵ y reconoció la existencia de situaciones de violencia sexual dentro del penal. Si bien por primera vez se declaró la violación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), respecto de las disposiciones de la propia CADH solo se estableció la violación del artículo 5.2, además de ciertos artículos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁶. El Tribunal no determinó que estas afectaciones a la integridad eran a su vez violaciones de la obligación de no discriminar en razón de sexo contemplada en el artículo 1.1.

reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”. Pero luego, declara solamente que “el Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana”. Cfr. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay...*, párrs. 189 y 194. En el caso *Ximenes Lopes*, la Corte afirma que: “Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”, pero solamente declara la violación de los artículos 4 y 5 en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos del artículo 1.1. Cfr. Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párrs. 105 y 150.

⁷⁵ Corte IDH, *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.

⁷⁶ *Ibidem*, párrs. 308 y 312.

En definitiva, los casos que siguieron a la OC-4/84 no aplicaron la diferencia enunciada por el Tribunal entre cláusula autónoma y cláusula subordinada de igualdad. Esto no tendría mayor importancia si la única consecuencia de esta confusión fuese una simple cuestión de qué número de artículo va a declararse violado, si “el 1.1 o el 24”. Sin embargo, diferenciar entre las dos cláusulas es importante para insistir en que la Convención asegura la igualdad y no discriminación no solo respecto de derechos convencionales, sino también respecto de derechos extraconvencionales. Por otro lado, el reconocimiento de la función de la cláusula subordinada del artículo 1.1 permite declarar que el Estado ha incumplido con su obligación de no discriminar cuando no adopta las medidas positivas tendientes a proteger a grupos como los indígenas o las mujeres, lo que contribuye a visibilizar la situación de discriminación estructural en la que se encuentran estos grupos.

c) La distinción entre cláusulas en el Caso del Pueblo Saramaka de 2007 y el Caso Apitz de 2008

En el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* la Corte estableció que:

el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley. El incumplimiento por parte del Estado de llevarlo a cabo ha resultado en la violación del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención en relación con su derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal, así como respecto de la obligación general de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para **hacer efectivos esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación**, de conformidad con los artículos 2 y 1.1 de la Convención, respectivamente⁷⁷.

En *Saramaka* la Corte reconoce que la no adopción de ciertas medidas especiales a favor de la comunidad *maroon* para hacer efectivos ciertos derechos de la Convención es un incumplimiento de la obligación de no discriminar contemplada en el artículo 1.1, lo que constituye un avance en la visibilización de la situación vulnerable

⁷⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 175.

en la que se encuentra este grupo a partir de la diferenciación entre cláusulas de igualdad, según lo que este artículo propone. Con todo, aún no se ha consolidado jurisprudencia que analice las desigualdades estructurales que explican dicha vulnerabilidad y los remedios estructurales que ello exige.

El *Caso Apitz* viene a delimitar de forma expresa en qué casos procede la violación del artículo 24 y en qué casos corresponderá analizar una discriminación bajo el artículo 1.1: “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”⁷⁸. De esta forma, pareciera no admitirse la posibilidad de declarar una violación del artículo 24 en conjunción con algún derecho sustantivo de la Convención, pues este artículo se referiría únicamente a casos de afectación de la igualdad referidos a derechos extraconvencionales.

4. Cláusulas y concepciones de la igualdad

La pregunta que surge de la distinción efectuada en el *Caso Apitz* entre los artículos 24 (derechos extraconvencionales) y 1.1 (derechos convencionales) es si efectivamente la única diferencia que existe entre ambas disposiciones es su ámbito de aplicación. En efecto, creemos que es legítimo preguntarse, si el **contenido** del derecho a la igualdad de ambos artículos es el mismo. En otras palabras, es posible explorar si ambas concepciones de la igualdad –como prohibición del trato diferencial arbitrario y como no discriminación– se encuentran consagradas de la misma forma en ambas cláusulas. Como lo analizamos en la primera parte, el artículo 24 parece recoger las dos concepciones de la igualdad que hemos logrado identificar. La pregunta surge para el caso del artículo 1.1, que solamente se refiere a la “discriminación”, detallando una lista de categorías sospechosas por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones, pero que no menciona la idea de igualdad ante la ley.

Entendemos que es debatible reducir la interpretación del artículo 1.1 únicamente a la protección de los grupos desaventajados, excluyendo de éste los problemas de igualdad como prohibición del trato arbitrario. Podría alegarse que esta diferenciación de las cláusulas en cuanto a su contenido pueda resultar a la larga más restrictiva para la protección de los derechos de las víctimas, en cuyo caso debería ser

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Apitz...*, párr. 209.

rechazada. Sin embargo, vale la pena explorar algunas consecuencias que podría tener el realizar una distinción en el contenido del derecho a la igualdad de los artículos 1.1 y 24.

a) El significado del artículo 1.1 como “cláusula abierta” de discriminación

Una de estas consecuencias se relaciona con la discusión existente sobre si es necesario o no que el **motivo** por el cual se efectúa la distinción deba reconducirse a alguna de las categorías expresamente mencionadas en la Convención como “motivos prohibidos” para discriminar. En efecto, el artículo 1.1 de la CADH establece la prohibición de discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social**”. La referencia a “cualquier otra condición social” ha llevado a la doctrina a entender que dicho artículo es una “cláusula abierta”, en tanto no detalla todos los motivos posibles de discriminación, sino que permite incorporar otros nuevos⁷⁹.

Sin embargo, las interpretaciones son divergentes respecto a qué debe entenderse por “cualquier otra condición social”. Para algunos autores, como Anne Bayefsky, el término “otra condición social” implica que el “determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación **jamás** implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria. Cada distinción, de cualquier tipo, invocará el principio de igualdad o no discriminación”⁸⁰. Por lo tanto el término “otra condición social” no alude a ninguna situación “social” específica, sino a todo tipo de distinción, que podría ser una mera clasificación legal. El problema de esta postura es que las categorías englobadas dentro de “otra condición social” no gozan del mismo grado de escrutinio que aquellas que están expresamente contempladas en los tratados, justamente porque puede tratarse de meras clasificaciones legales. Por ejemplo, las personas con diversa orientación sexual o las personas con VIH –que también cabrían bajo el criterio de “otra condición social”– gozarían de un menor grado de protección que quienes son discriminados en razón de sus opiniones políticas.

⁷⁹ Bayefsky, Anne, “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”..., págs. 5 y 6. Debe recordarse que Bayefsky realiza el análisis del artículo 26 del PIDCP y no del artículo 24 de la Convención Americana. Dichos artículos no necesariamente tienen el mismo alcance.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 5.

Por otro lado, una segunda línea interpretativa estima que “[l]os peticionarios... deben aducir que la diferencia de trato es atribuible a su condición de miembros de un grupo identificable y definido”⁸¹. El término “condición social” debe analizarse de forma más estricta: “la calificación de ‘condición social’ implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica”⁸². Pero entonces, ¿nunca podría la Corte pronunciarse sobre problemas de igualdad relativos a diferencias hechas por meras clasificaciones legales?

Creemos que realizar una distinción clara entre concepciones de igualdad podría permitir resolver estos problemas. Por un lado, quienes reclamaran por la existencia de un trato arbitrario no debieran preguntarse si su motivo cabe o no dentro del “listado” contenido en la Convención. En efecto, estos peticionarios no debieran recurrir al artículo 1.1 sino al 24, que sería la herramienta para garantizar la igualdad ante la ley. Justamente como la igualdad ante la ley se refiere a las distinciones hechas en torno a clases artificiales, no es posible detallar una lista de motivos, que podrían ser infinitos. Respecto de los problemas de igualdad ante la ley, no cabe entonces preguntarse si la diferenciación cabe o no dentro del criterio “otra condición social” sino que cualquier diferenciación que no sea “objetiva y razonable” puede ser susceptible de escrutinio por los órganos de supervisión.

Por otro lado, el listado de categorías expresas (raza, sexo, opinión política, etc.) y la categoría “otra condición social” del artículo 1.1 constituirían en su totalidad las llamadas “categorías sospechosas”. Estas categorías harían referencia a la pertenencia de la víctima a un “grupo social desaventajado” tal como los hemos definido en los acápites anteriores. El propósito de contar con una categoría abierta sería justamente la de permitir que grupos en situación de vulnerabilidad que no fueron incluidos en el listado expreso al momento de la redacción del

⁸¹ Shelton, Dinah, “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”..., págs. 30-31.

⁸² Dulitzky, Ariel. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, N°3, año 2007, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 18. Así lo estimó por ejemplo el Comité de Derechos Humanos en el caso *B.d.B. et al. vs. los Países Bajos*, quien no estimó que la diferencia hecha entre ciertos fisioterapeutas notificados por el Estado de una determinada obligación en contraposición a otro grupo de terapeutas que no fueron notificados no podía considerarse como comprendida dentro del término “otra condición social”, y por tanto declaró la petición inadmisibile. Comité de Derechos Humanos, *B.d.B et al. vs. los Países Bajos*. Comunicación No. 273/1988, CCPR/C/35/D/273/1988, 2 de mayo de 1989.

tratado –porque no existían en ese entonces en tanto grupo o porque su situación aún no se había visibilizado, como por ejemplo, las personas con diversa orientación sexual, los portadores de VIH o las personas con discapacidad– puedan ser considerados de la misma forma que los grupos contemplados explícitamente en la Convención⁸³. Así, debe aplicarse el mismo criterio estricto de revisión para los casos de discriminación “que impliquen motivos explícitamente enumerados en los respectivos artículos y a los que puedan considerarse como ‘otra condición social’”⁸⁴. Pareciera entonces que la única diferencia entre las categorías expresas y “otra condición social”, sería que para esta última existe la necesidad de que el peticionario pruebe que el grupo al cual pertenece es efectivamente un grupo que ha sido sistemáticamente desaventajado, mientras que en las categorías expresas esto se presume.

Sin embargo, si efectivamente vamos a interpretar la cláusula del artículo 1.1 en relación a la protección de los grupos desaventajados, esta diferencia entre factores “expresos” de diferenciación y factores que se añaden por “otra condición social” también debiera desaparecer. Esto, porque no toda alegación de trato desigual basado en uno de los motivos explícitos en la Convención –que, recordemos, se encuentran redactados de forma “simétrica” (cfr. *supra*)– debiera evaluarse bajo el esquema de protección de los grupos desaventajados: cuando un hombre reclama discriminación por sexo, o un católico en un país de mayoría católica se dice discriminado en base a su religión, o un miembro de un partido político poderoso alega discriminación en base a su opinión política, no nos encontramos frente a un caso de discriminación de un grupo en situación vulnerable, sino generalmente se está reclamando por un trato diferencial arbitrario, por lo que el caso debe ser evaluado en relación con esta concepción, y no como un caso de discriminación susceptible de un escrutinio estricto, y menos aún de medidas afirmativas. En este sentido, la cuestión de si una víctima pertenece o no a un grupo en situación de vulnerabilidad es algo que debería ser evaluado en todos los casos. No es posible decir que en todos los momentos y países siempre sean los mismos grupos los más vulnerables: en algunos países la minoría religiosa serán los musulmanes, en otra los protestantes, en otra los católicos o los judíos. Lo mismo ocurre con la opinión política, el idioma... y en todos estos casos el peticionario debe mostrar que pertenece a un grupo estructuralmente desaventajado. Únicamente

⁸³ En similar sentido, Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”..., pág. 734 a 740.

⁸⁴ Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”..., pág.19.

en este caso, se hace merecedor no solo de un escrutinio estricto en cuanto a las diferencias perjudiciales, sino también explica por qué podría ser titular de medidas afirmativas o bien sería necesario evaluar legislación en apariencia neutra pero que perjudica en la práctica al grupo desaventajado.

Por ejemplo, en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela* se alegó que existía un “trato desigual y discriminatorio, toda vez que el Estado ha pretendido separar y excluir del acceso a la información a determinados medios [...con una] línea informativa crítica a la gestión gubernamental”⁸⁵. La Corte consideró que “es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”, razón por la cual consideró que la situación de dichos periodistas podría quedar comprendida en la categoría de discriminación por “opiniones políticas”. Sin embargo, el Tribunal consideró que los hechos alegados no estaban suficientemente probados, razón por la cual no se declaró una discriminación en relación con acceso a la información. Ahora bien, lo que corresponde analizar, según las distinciones efectuadas en el presente artículo, es si la situación de periodistas críticos de un gobierno exige un mismo análisis que la de grupos en situaciones de vulnerabilidad como los grupos étnicos o las personas con discapacidad. A primera vista, no parecieran ser procedentes medidas de acción afirmativa respecto de los periodistas del *Caso Perozo* y, por el contrario, lo que hubiera correspondido, en el evento de que se hubiera declarado una violación, es garantizar que las víctimas reciban un trato idéntico y no un trato diferencial arbitrario, según el *test* ordinario de igualdad en el que la carga de la prueba beneficia al Estado.

b) Una relativización de la diferencia entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas

Ahora bien, si estimamos que en el artículo 1.1 solamente cabe interpretar la existencia de una sola concepción de la igualdad –igualdad como no discriminación– esto traería necesariamente consecuencias sobre la distinción entre cláusula autónoma y cláusula subordinada de igualdad.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párr. 380.

En efecto, los casos de trato desigual arbitrario relacionados con la afectación de derechos convencionales ya no cabrían dentro de su órbita, puesto que el trato arbitrario sería del exclusivo resorte del artículo 24. En este sentido, la cláusula del artículo 24 ya no sería autónoma en la forma tajante en la que fue entendida por el *Caso Apitz*, puesto que en ciertas ocasiones cabría analizar problemas de igualdad ante la ley que a su vez afectan derechos contenidos en la Convención. Por ejemplo, así cabría analizar la situación de un periodista canadiense a quien se le exigía estar afiliado a un gremio para acceder a las sesiones parlamentarias. La distinción entre “periodistas afiliados” y “periodistas no afiliados” no solamente representa una afectación de la libertad de expresión del periodista, sino que constituye una distinción arbitraria que lesiona su derecho a la igualdad ante la ley⁸⁶. En este caso, lo correcto bajo el esquema que estamos evaluando sería analizar el caso bajo el artículo 13 de la Convención y el artículo 24. Recurrir al artículo 1.1 no sería pertinente puesto que los periodistas no afiliados a un gremio no pertenecen a un grupo estructuralmente desaventajado, sino a una mera clase artificial. Asimismo, la solución dada en *Apitz* al problema de “discriminación procesal” no sería la indicada bajo la hipótesis que presentamos. En efecto, la Corte consideró que el problema cabía bajo la órbita del artículo 1.1 en relación con el 8 (garantías judiciales). Pero si el artículo 1.1 solo es aplicable a casos de discriminación estructural, entonces no debía acudir a éste sino al 24 que resolvería las cuestiones de tratos arbitrarios que podrían evaluarse en conjunto con la afectación de garantías judiciales del artículo 8.

⁸⁶ Así lo entendió por lo menos una parte de los miembros del Comité de Derechos Humanos en el *Caso Gauthier vs. Canadá*. Comunicación No. 633/1995, CCPR/C/65/D/633/1995, 7 de abril de 1999. El voto parcialmente disidente de los comisionados Lord Colville, Elizabeth Evatt, Cecilia Medina Quiroga e Hipólito Solari Irigoyen, propone una interpretación del artículo 26 del PIDCP entendido como prohibición del trato arbitrario y en relación con la afectación de un derecho convencional como era la libertad de expresión. Estos miembros del Comité afirmaron que además de la violación del artículo 19 (libertad de expresión) debía considerarse que: “Article 26 of the Covenant stipulates that all persons are equal before the law. Equality implies that the application of laws and regulations as well as administrative decisions by Government officials should not be arbitrary but should be based on clear coherent grounds, ensuring equality of treatment. To deny the author, who is a journalist and seeks to report on parliamentary proceedings, access to the Parliamentary press facilities **without specifically identifying the reasons, was arbitrary**. Furthermore, there was no procedure for review. In the circumstances, we are of the opinion that the principle of equality before the law protected by article 26 of the Covenant was violated in the author’s case”. El subrayado es nuestro.

Como vemos, el considerar que la cláusula del artículo 1.1 se refiere únicamente a una concepción de la igualdad mientras que el artículo 24 se refiere a ambas, vuelve algo compleja la distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas. El artículo 1.1 sería siempre subordinado (necesitaría de la violación de otro precepto convencional sustantivo) y además estaría únicamente limitado a los problemas de desigualdad estructural. Por otro lado, el artículo 24 sería en ciertos casos autónomo –al evaluar problemas de discriminación o de igualdad ante la ley referidos a derechos no convencionales– y en ciertos casos subordinado – cuando se trate de problemas de trato arbitrario que afecten derechos convencionales. En resumen, el esquema de “artículos violados”, dependiendo de si nos encontramos frente a un problema de discriminación o a un problema de trato diferencial arbitrario sería el siguiente:

A. Igualdad como no discriminación:

- a) **Afecta derechos convencionales:** se declara violado el artículo 1.1 (en la obligación de no discriminar) en relación con el derecho sustantivo violado.
- b) **Afecta derechos no convencionales:** se declara violado el artículo 24.

B. Igualdad como prohibición del trato arbitrario:

- a) **No afecta ningún otro derecho o bien afecta derechos no convencionales:** se declara violado el artículo 24.
- b) **Afecta derechos convencionales:** se declara violado el artículo 24 y el artículo que consagra el derecho sustantivo

A pesar de la complejidad de esta propuesta, el objetivo es impedir que algunas situaciones sean ignoradas como constitutivas de una violación (como podría haber ocurrido en el *Caso Apitz*), o bien encontrar soluciones más adecuadas que no utilicen herramientas de la “discriminación estructural” para el análisis de situaciones que perjudican a grupos que no están en situación estructural de vulnerabilidad.

Conclusiones y perspectivas: la necesidad de visibilizar los alcances de la discriminación estructural

Hemos distinguido en este artículo entre dos concepciones de igualdad en el marco de la Convención Americana. Consideramos que se debe distinguir entre los casos relativos a grupos en situación de vulnerabilidad –que exigen la adopción de medidas positivas de integración o reconocimiento– y los casos de tratos desiguales basados

en meras clasificaciones legales arbitrarias. El tipo de escrutinio y la carga de la prueba que debiera aplicar la Corte en ambas situaciones no puede ser la misma. Por supuesto, este tipo de distinciones es discutible y tiene como objetivo animar el debate sobre los alcances de la jurisprudencia interamericana, tomando como referencia los interesantes desarrollos jurisprudenciales formulados por la Corte Interamericana en el *Caso Apitz*.

Diferenciar entre “concepciones” de la igualdad visibiliza el conflicto entre la racionalidad instrumental de la igualdad formal y la necesidad de superar lógicas de dominación en la igualdad concebida como no discriminación. El reconocer este conflicto entre concepciones de la igualdad al interior de la misma Convención hace parte de la complejidad de la evolución histórica, política, económica y social de la cuál este instrumento jurídico es el resultado, y sin la cuál es imposible entenderlo. En este sentido, las normas de derechos humanos proyectan distintas influencias históricas e ideológicas que deben visibilizarse, lo cual complejiza el análisis pero enriquece el esfuerzo dirigido a que cumplan un papel transformador y emancipatorio.

Aclarar estas diferencias conceptuales es importante para elaborar un sistema que permita a las víctimas sacar un mayor provecho de las distinciones entre normas, en particular, para que la jurisprudencia tome en serio la necesidad de visibilizar la naturaleza de la discriminación estructural que explica la situación de vulnerabilidad de muchos grupos en la región. Ello abre escenarios de discusión sobre las especificidades que deben tener las reparaciones diferenciadas que enfrenten, por ejemplo, el racismo y la discriminación estructural y que promuevan el valor de la diferencia cultural y la lucha por el reconocimiento. De esta manera se abren caminos para analizar la exigibilidad de acciones afirmativas y otras acciones positivas para enfrentar dicha discriminación estructural. Además, se impulsa el análisis de los impactos discriminatorios que normas o procedimientos neutrales pueden tener sobre los miembros de este tipo de grupos.