

Corte IDH

Yatama vs. Nicaragua

*Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del
23 de junio de 2005*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

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

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

[...]

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

[...]

184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico¹⁵⁵.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas¹⁵⁶. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable¹⁵⁷.

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

[...]

195. Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua¹⁶⁴.

[...]

3) Obligación de garantizar el goce de los derechos políticos

201. La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales¹⁶⁵.

[...]

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

[...]

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

[...]

E) Contención. El Caso Yatama

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

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

[...]

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

[...]

F) Participación y derechos políticos

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

6. El segundo punto que me permito destacar, en el presente *Voto Razonado* en relación con ésta que es la primera Sentencia de la Corte Interamericana sobre los derechos políticos en una sociedad democrática¹⁹⁶, bajo el artículo 23 de la Convención Americana, es la correcta vinculación efectuada por la Corte de los derechos políticos con el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana. Este último está conformado por un principio básico que la propia Corte ha reconocido pertenecer al dominio del *jus cogens* internacional: el principio de la igualdad y no discriminación.

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

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

8. Sobre el amplio alcance del principio básico, propio del *jus cogens*, de la igualdad y no-discriminación, ya me referí en mi extenso Voto Concurrente en la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, al cual me permito aquí referirme. En aquel Voto Concurrente señalé, por ejemplo, que dicho principio permea todo el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párr. 59), del cual es uno de los pilares¹⁹⁷, además de elemento integrante del propio derecho internacional general o consuetudinario, por cuanto la normativa del *jus gentium* debe, por definición, “ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional¹⁹⁸” (párr. 60)¹⁹⁹ Las obligaciones estatales de respetar y garantizar el principio de la igualdad y no discriminación tienen el carácter de verdaderas obligaciones *erga omnes*.

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

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

[...]

*VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ
DIEGO GARCÍA SAYÁN*

[...]

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

[...]

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

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

[...]

Notas

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

Corte IDH

Atala Riffo y niñas vs. Chile

Fondo, Reparaciones y Costas

*Sentencia del
24 de febrero de 2012*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”) en relación con el caso 12.502³. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo (en adelante la “señora Atala”) representada por abogados de la Asociación Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas⁴.

[...]

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

[...]

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

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

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

A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición

30. La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993³⁴. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente³⁵. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco³⁶. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor³⁷.

1. Proceso de tuición³⁸

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

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

[...]

2. Tuición provisional concedida al padre

39. En el marco del proceso de tuición, la apoderada del padre de las niñas presentó una demanda de tuición provisoria el 10 de marzo de 2003, con el fin de obtener la custodia de sus hijas antes de la conclusión del proceso. Al respecto, la apoderada del señor López argumentó la presunta “incapacidad que la opción sexual asumida por la madre y demandada, [la señora] Atala Riffo, y que se tradujo en su reconocimiento expreso de ser lesbiana, provoca[ba] y provocar[ía] en el desarrollo integral tanto psíquico como socio-ambiental de estas tres pequeñas, sin perjuicio de las conductas poco maternas y violentas que ésta ha demostrado a través de los años no sólo con su familia, sino con su entorno social”. Además, alegó que “la necesidad que tiene la demandada de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida [...] no es homo[lo]gable con el ser padres, que incluye una capacidad funcional de maternización [...], que al parecer la demandada ha obviado egoístamente”. Por otra parte, la apoderada del padre de las niñas arguyó el derecho de las niñas de vivir en una familia conformada por un padre y una madre de sexo distinto⁵⁴.

[...]

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

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

42. El 8 de mayo de 200, en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado de Menores de Villarrica, la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre de las mismas⁵⁷. (...)

[...]

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

44. (...) [C]orrespondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003⁶¹. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que “tampoco se ha[bía] acreditado la existencia de hechos concretos que perjudi[caran] el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”. Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”.

[...]

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

50. De conformidad con la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2003, el Tribunal de Menores de Villarrica ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003⁶⁴. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del *status quo* actual de las menores de edad⁶⁵.

[...]

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

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

53. El 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco y solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. El padre de las niñas argumentó que mediante la Sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una "falta y un abuso grave y notorio", debido a: i) haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; ii) haber faltado en su deber legal de proteger su vulnerabilidad, y iii) haber trasgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia⁷⁰. En particular, el señor López Allendes alegó que los jueces habían ignorado toda la evidencia probatoria en autos que demostraría que la "exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en [M., V. y R.], una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida"⁷¹. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar solicitada (...).

6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile

54. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre⁷³.

[...]

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

[...]

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

[...]

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

1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

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

ter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma⁸³.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado⁸⁴ que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico⁸⁵.

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*⁸⁶. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁸⁷.

81. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁸⁸ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁹, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) ha definido la discriminación como:

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

otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁹⁰.

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”⁹¹. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana⁹².

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

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁹³. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁴.

84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁹⁵.

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁹⁶.

86. Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios⁹⁷.

87. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es "otra condición" mencionada en el artículo 14⁹⁸ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios⁹⁹. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo¹⁰⁰. Asimismo, en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo "otra condición", es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona¹⁰¹.

88. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1¹⁰² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2¹⁰³ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría "sexo" incluiría la orientación sexual de las personas¹⁰⁴. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados¹⁰⁵.

89. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social"¹⁰⁶. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño¹⁰⁷, el Comité contra la Tortura¹⁰⁸ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁰⁹ han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”¹¹⁰. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”¹¹¹. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”¹¹². La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas¹¹³.

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

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido¹¹⁴. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. _

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

3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual

94. El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión¹¹⁵.

95. En el presente caso se alega un presunto trato discriminatorio respecto a dos hechos distintos en el marco del proceso de tuición: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual¹¹⁶. Al respecto, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final.

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

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

98. Respecto a la decisión de tuición provisoria, el Tribunal observa que el Juzgado de Menores de Villarrica¹¹⁹ utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (...), y ii) que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (...). Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema (...), la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.

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

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

[...]

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

imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia¹²⁴.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona¹²⁵. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño¹²⁶. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños¹²⁷.

[...]

113. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala¹²⁸; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo¹²⁹; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas¹³⁰, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre¹³¹. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso” y que al “haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja”¹³². La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la

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

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

4.1. Presunta discriminación social

[...]

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

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

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

parejas interracial¹⁴⁰, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos¹⁴¹.

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

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

4.2. Alegada confusión de roles

[...]

124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso¹⁴³, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio¹⁴⁴. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.

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

homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.

[...]

130. El Tribunal observa que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas¹⁵², sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas¹⁵³. La Corte Suprema de Justicia afirmó la existencia de un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores” de edad, como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro. No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores de edad. La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable. La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.

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

4.3. Alegado privilegio de intereses

[...]

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

en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada¹⁵⁶.

[...]

135. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo¹⁵⁸. Además, el derecho a mantener *relaciones personales con otros individuos*, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional¹⁵⁹.

136. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones¹⁶⁰. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”¹⁶¹.

[...]

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

139. Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona¹⁶³, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

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

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

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

142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio¹⁶⁶.

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

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

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

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

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

4.5. Conclusión

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

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

[...]

151. (...) la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales¹⁷¹.

[...]

154. Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño¹⁷⁴.

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

[...]

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

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

[...]

D. Garantías judiciales

[...]

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

[...]

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

[...]

Notas

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

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

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

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

- 92 *Mutatis mutandi*, Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. *Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 209 y Caso *Barbani Duarte y otros*, *supra* nota 91, párr. 174.
- 93 *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A Nº 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., Caso *Tyrer v. Reino Unido*, (Nº 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.
- 94 *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, (...), párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, (...), párr. 106.
95. *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 93, párr. 106.
- 96 *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, (...), párr. 115.
- 97 *Cfr.* AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”).
- 98 Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

párrs. 15 y 33 a 36.

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

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

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

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

Corte IDH

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

*Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del
28 de agosto de 2014*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

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

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

[...]

VII. HECHOS

A) Contexto

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma²⁹⁹. Por otro lado, el artículo 24 consagra el derecho de igual protección de la ley, y es aplicable en el caso de que la discriminación se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación³⁰⁰.

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

una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables³⁰².

Así, como también ha expresado este Tribunal “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure o de facto*”³⁰³, y están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”³⁰⁴.

264. En relación al derecho a la nacionalidad, la Corte reitera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación³⁰⁵ determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos³⁰⁶. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas³⁰⁷. La Corte también ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad³⁰⁸. En ese sentido, este Tribunal ha dejado establecido al examinar un caso relativo a República Dominicana que el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos³⁰⁹.

[...]

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

[...]

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

316. La Corte considera que dada la diferencia de trato señalada, basada en regulaciones normativas (o en prácticas o decisiones que determinen su aplicación o interpretación), entre personas nacidas en el territorio de República Dominicana³⁵⁹, corresponde al Estado demostrar que tal trato diferenciado no implica, respecto al grupo de personas que habiendo nacido en territorio dominicano no puede adquirir la nacionalidad de ese país, una vulneración del derecho a la igual protección de la ley. Al respecto, La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable³⁶⁰, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido³⁶¹.

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

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

318. Como ya se ha hecho mención (...), un límite a la facultad estatal de determinar quiénes son nacionales, es el deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley sin discriminación. Este Tribunal no encuentra motivos, entonces, para apartarse de lo dicho en su Sentencia sobre el caso de las *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, en el sentido de que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”³⁶². Así, la introducción del criterio de la situación de estancia irregular de los padres como una excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius solis*, termina por revelarse discriminatorio como tal en República Dominicana, cuando se aplica en un contexto que previamente se ha señalado como discriminatorio de la población dominicana de ascendencia haitiana, que a su vez resulta ser un grupo desproporcionadamente afectado por la introducción del criterio diferenciado³⁶³. De lo anterior resulta una violación del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención.

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[...]

B.1.2. Estándares relacionados con procesos de expulsión

[...]

356. En consideración de las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas³⁹⁶: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular³⁹⁷, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.

[...]

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

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

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

[...]

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

398. Como ya fue señalado (...), la Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención “es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma⁴⁴⁸. Por ende, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional⁴⁴⁹. Es por ello que este Tribunal ha sostenido que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación⁴⁵⁰. El artículo 24 de la Convención consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe⁴⁵¹, pues protege el derecho a “igual protección de la ley”⁴⁵², de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación⁴⁵³.

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

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

401. En cuanto a la discriminación racial⁴⁵⁴, la Corte ha reconocido “la dificultad de demostrar casos de perjuicio racial por parte de quienes son objeto de discriminación” y coincide con el Tribunal Europeo en el sentido que en ciertos casos de violaciones a derechos humanos motivados por discriminación la carga de la prueba recae en el Estado, quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio⁴⁵⁵.

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

relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, “siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos”⁴⁵⁶. No obstante, “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa⁴⁵⁷.

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

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

B.3. Conclusión

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

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

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

[...]

Notas

299 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, OC-4/84*, párr. 53; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C Nº 270, párr. 332, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.

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

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

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

- 397 Cfr. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Artículo 36.1.b, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. OC-16/99, párr. 103.
- 438 Cfr. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 175, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133. Ver también: Peritaje de Pablo Ceriani Cernadas, en su declaración expresó que el término perfiles raciales tiene que ver [...] sobre todo cuando se mira ese uso de perfiles en términos negativos, tiene que ver con el programa, práctica, política, medidas concretas por el cual fuerzas de seguridad generales, en este caso podemos hablar de fuerzas de seguridad en el ámbito con competencia en el ámbito migratorio, establecen explícita o implícitamente para el accionar sobre todo de medidas de investigación y control, en este caso de control o verificación de infracciones migratorias, determinados criterios basados en, puede ser origen étnico, o el idioma, la nacionalidad de origen de una persona para una justificación razonable y objetiva para vencer ese tipo de mecanismos de control que tienen luego toda una serie de impactos negativos, no sólo para las personas migrantes, sino para la sociedad. Además señaló que una medida de expulsión colectiva prohibida no sólo por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino por otros tratados a nivel regional, y universal como la Convención de Derechos de Trabajadores Migratorios, alude a la decisión de expulsión de una persona que no haya sido la consecuencia de un debido proceso en el cual con las garantías adecuadas se haya podido evaluar con el suficiente detalle y exhaustividad las diferentes circunstancias sobre todo personales y de los hechos concretos en cada uno de los casos para eventualmente arribar a una decisión sancionatoria que podría constituir una eventual expulsión, si no están dadas esas circunstancias en términos de garantías procesales, que al mismo tiempo significan garantías sustantivas que se debaten en el marco de ese procedimiento, estaríamos hablando de lo que se suele denominar en temas migratorios mecanismos de expulsión automática que en muchos casos puede constituir lo que se llama expulsiones colectivas. Agregó que el número de personas es irrelevante en los aspectos de la expulsión colectiva, lo que tiene que ver es cómo ha sido el procedimiento, cómo se ha llegado a la decisión, cuáles han sido las etapas procesales y sustantivas que han derivado en la orden de expulsión y la implementación de esas medidas. (Dictamen pericial de Pablo Ceriani Cernadas rendido en la audiencia pública).
- 448 Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. OC-4/84, párr. 53, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.
- 449 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 85, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.
- 450 Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03, párr. 53, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 204.
- 451 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, párr. 186, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 199.
- 452 *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opi-

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

Corte IDH

*Caso Veliz Franco y otros
vs. Guatemala*

*Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del
19 de mayo de 2014*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 3 de mayo de 2012, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte (en adelante “escrito de sometimiento”) el caso *Veliz Franco y otros contra la República de Guatemala* (en adelante también “el Estado” o “Guatemala”). De acuerdo con lo señalado por la Comisión, el presente caso se relaciona con la falta de respuesta eficaz del Estado a la denuncia presentada el 17 de diciembre de 2001 por Rosa Elvira Franco Sandoval (en adelante también “Rosa Elvira Franco” o “señora Franco Sandoval” o “señora Franco”) ante el Ministerio Público para denunciar la desaparición de su hija, María Isabel Veliz Franco (en adelante también “María Isabel Veliz” o “María Isabel” o “la niña” o “la presunta víctima”), de 15 años de edad, así como las posteriores falencias en la investigación de los hechos. En dicha denuncia la señora Franco Sandoval manifestó que el 16 de diciembre de 2001 su hija salió de su casa a las ocho de la mañana hacia su trabajo y no regresó. La Comisión indicó que no hay constancias en cuanto a esfuerzos realizados para buscar a la víctima desde que se presentó la denuncia, hasta que se encontró el cadáver a las 14:00 horas del 18 de diciembre de 2001. Asimismo, señaló que existieron una serie de irregularidades durante la investigación de la desaparición y posterior muerte¹ de María Isabel Veliz Franco, entre las que destacan la falta de realización de diligencias cuando fue reportada desaparecida y fallas en la preservación de la escena del crimen, así como deficiencias en el manejo y análisis de la evidencia recolectada.

[...]

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

[...]

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

204. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma³⁰⁴. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional³⁰⁵. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación³⁰⁶.

205. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en numerosos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia³⁰⁷. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico³⁰⁸.

206. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*³⁰⁹. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias³¹⁰.

207. La Corte estima que la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer, tal como han señalado otros organismos internacionales de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el CEDAW³¹¹. Tanto la Convención de Belém do Pará (preámbulo y artículo 6) como el CEDAW (preámbulo) han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. En el mismo sentido, el Convenio

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

208. La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia³¹³. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia³¹⁴. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.

209. Según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual³¹⁵, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género.

210. Como ya fue demostrado en el presente caso, las autoridades a cargo de la investigación omitieron pruebas pertinentes para determinar la violencia sexual, o las realizaron tardíamente cuando ya los elementos de prueba, cuya cadena de custodia no se resguardó, estaban contaminados (...). Además, la Corte considera que la falta de debida diligencia en la investigación del homicidio de la víctima está estrechamente vinculada a la ausencia de normas o protocolos específicos para la investigación de casos de homicidios de mujeres por razón de género y de violencia contra la mujer en general. Tal como ha reconocido el Estado, en el momento de los hechos, no había legislación ni procedimientos específicos para investigar casos de violencia contra la mujer. La mayoría de las leyes y medidas para luchar contra dicho fenómeno han sido adoptadas por el Estado con posterioridad a los hechos del presente caso³¹⁶, por lo que no han podido ser aplicadas al mismo ni han contribuido para la efectividad de la investigación llevada a cabo en relación a la muerte de María Isabel Veliz Franco. Lo anterior podría, en parte, explicar

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

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

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

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

213. En el presente caso, los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores. Al respecto, la Corte ya ha tenido ocasión de señalar que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer³¹⁸.

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

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

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

[...]

C. Conclusión

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

[...]

Notas

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

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

Corte IDH

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

Fondo, Reparaciones y Costas

*Sentencia del
29 de mayo de 2014*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 7 de agosto de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso “*Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros (Lonkos², dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) respecto de la República de Chile*” (en adelante, “el Estado” o “Chile”). Según la Comisión, el caso se refiere a la alegada “violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”. Según la Comisión, el caso se inserta dentro de “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”.

[...]

VII. FONDO

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

las presuntas víctimas para aplicarles de forma discriminatoria la referida ley penal en el marco de un alegado contexto de “aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche”, mediante lo cual alegadamente se criminalizó la protesta social de miembros de ese pueblo indígena¹⁵⁶.

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

a) Consideraciones generales

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

196. Como ya se indicó, el artículo 1.1 de la Convención dispone que los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el artículo 24 estipula que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (...).

197. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación²⁰². La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico²⁰³.

198. En cuanto al concepto de discriminación, cabe tomar como base las definiciones contenidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁰⁴ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁰⁵ para concluir que *discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en los motivos prohibidos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera*²⁰⁶.

199. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación²⁰⁷. 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 apruebe²⁰⁸, pues protege el derecho a la "igual protección de la ley"²⁰⁹, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación²¹⁰.

200. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable²¹¹, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido²¹².

201. Además, la Corte ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*²¹³. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias²¹⁴.

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

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

203. Varios tratados internacionales prohíben expresamente la discriminación por origen étnico²¹⁷. Asimismo, otros instrumentos internacionales reafirman que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación²¹⁸.

204. La Corte toma en cuenta que la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural²¹⁹, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres²²⁰.

[...]

206. El artículo 1.1. de la Convención Americana proscribela discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación (*supra* párr. 196). Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención. Por ello, está proscribida por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico²²¹. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscribela una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación.

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

[...]

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

las sentencias condenatorias. Al respecto, este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de una manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte ha destacado que la imparcialidad personal se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes. El juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho²²².

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

210. Las medidas eficaces de lucha contra el terrorismo deben ser complementarias y no contradictorias con la observancia de las normas de protección de los derechos humanos²²⁴. Al adoptar medidas que busquen proteger a las personas bajo su jurisdicción contra actos de terrorismo, los Estados tienen la obligación de garantizar que el funcionamiento de la justicia penal y el respeto a las garantías procesales se apeguen al principio de no discriminación²²⁵. Los Estados deben asegurar que los fines y efectos de las medidas que se tomen en la persecución penal de conductas terroristas no discriminen permitiendo que las personas se vean sometidas a caracterizaciones o estereotipos étnicos²²⁶.

b) Aplicación al caso concreto

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

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

[...]

217. No obstante, la Corte toma particularmente en cuenta la información contenida en los “comentarios del Estado de Chile al informe de la visita del Relator Especial” sobre promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo²⁴², según la cual entre el 2000 y el 2013 “el Ministerio Público ha formalizado un total de 19 causas bajo la Ley Antiterrorista, de las cuales 12 se relacionan a reivindicaciones de tierras de grupos mapuche”²⁴³.

218. Con fundamento en esa información es posible constatar que en una mayoría de causas se ha invocado dicha ley contra miembros del Pueblo indígena Mapuche: de las 19 causas en que se formalizó la investigación penal bajo la Ley Antiterrorista, en 12 de ellas los imputados eran de origen mapuche o se relacionan con reivindicaciones de tierras de dicho pueblo. A este respecto, varios de los informes de Relatores Especiales y Comités de Naciones Unidas han manifestado su preocupación por la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche en relación con delitos cometidos en el contexto de la protesta social²⁴⁴ o han manifestado una aplicación “desproporcionada” de la referida ley a los mapuche²⁴⁵.

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

[...]

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

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

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

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

223. Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado²⁴⁷.

224. Los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado²⁴⁸. Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias “basadas en estereotipos [...] socialmente dominantes y socialmente persistentes, [...] se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades]”²⁴⁹.

[...]

226. Para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales²⁵¹.

[...]

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

[...]

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

[...]

Notas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Corte IDH

Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú

*Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del
20 de noviembre de 2014*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

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

[...]

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

[...]

216. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a

quienes no se consideran incursos en tal situación ³⁶³. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico³⁶⁴.

217. Al respecto, la Corte ha señalado que, mientras la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en dicho tratado, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley” ³⁶⁵. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la misma, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación³⁶⁶. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe³⁶⁷.

218. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención “es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo trato que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma³⁶⁸. Por ende, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier trato discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional³⁶⁹. Es por ello que la Corte ha sostenido que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación³⁷⁰. El artículo 24 de la Convención consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe³⁷¹, pues protege el derecho a “igual protección de la ley” ³⁷², de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación³⁷³.

219. En este sentido, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable³⁷⁴, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido³⁷⁵.

220. Además, la Corte ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias³⁷⁶.

221. Desde una perspectiva general, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, “la CEDAW”, por sus siglas en inglés) define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”³⁷⁷. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (en adelante, “el Comité de la CEDAW”) ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada”. También ha señalado que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”³⁷⁸.

222. En el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará, en su preámbulo, señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. Asimismo, la Corte ha señalado que, una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación³⁷⁹.

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

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

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

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

226. Al respecto, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión³⁸¹. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección³⁸². En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima³⁸³.

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

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

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

229. La Corte ya estableció que los actos de violencia y violación sexual perpetrados en contra de Gladys Espinoza durante su detención en la DIVISE y la DINCOTE fueron consistentes con la práctica generalizada de violencia sexual que existía en el Perú en la época de los hechos (...). En este punto, la Corte recuerda que la violencia sexual contra las mujeres afectó a un número importante de las mujeres detenidas a causa de su real o presunto involucramiento personal en el conflicto armado, y que afectó también a aquéllas cuyas parejas eran miembros reales o supuestos de los grupos subversivos (...). En este caso, la Corte ya estableció que la tortura a la que fue sometida Gladys Espinoza, la cual incluyó actos de violación sexual y otras formas de violencia sexual, se dio dentro del marco de una detención y tuvo la finalidad de obtener información sobre el secuestro por parte del MRTA de un empresario. Igualmente, la Corte recuerda que los agentes estatales que la detuvieron junto con Rafael Salgado amenazaron a éste que hablara sobre el paradero de dicho empresario, o que de lo contrario “los 20 [hombres iban] a pasar por ella” (...). Es decir, el cuerpo de Gladys Espinoza como mujer fue utilizado a fin de obtener información de su compañero sentimental y humillar e intimidar a ambos. Estos actos confirman que los agentes estatales utilizaron la violencia sexual y la amenaza de violencia sexual en contra de Gladys Carol Espinoza Gonzáles como estrategia en la lucha contra el mencionado grupo subversivo. Como consecuencia de ello, *la Corte determina que el haber sometido a la señora Espinoza a dicha práctica generalizada constituye discriminación individualizada por su condición de mujer, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana en su perjuicio, en relación con los derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 del mismo instrumento, y con las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.*

Notas

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

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

Corte IDH

Caso González Lluy vs. Ecuador

*Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas*

*Sentencia del
1 de septiembre de 2015*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

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

[...]

X. DERECHO A LA EDUCACIÓN

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²⁹⁷.

254. Algunos de los principales tratados internacionales de derechos humanos se han interpretado de tal manera que incluyen el VIH como motivo por el cual está prohibida la discriminación. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluyendo “cualquier otra condición social”, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha confirmado que el “estado de salud (incluidos el VIH/SIDA)” es un motivo prohibido de discriminación²⁹⁸. El Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la misma conclusión en relación con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹⁹ y también la antigua Comisión de Derechos Humanos señaló que la discriminación, actual o presunta, contra las personas con VIH/SIDA o con cualquier otra condición médica se encuentra tutelada al interior de otras condiciones sociales presentes en las cláusulas antidiscriminación³⁰⁰. Los Relatores Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud han adoptado esta postura³⁰¹.

255. En el marco de este *corpus iuris* en la materia, la Corte considera que el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación en el marco del término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En esta protección contra la discriminación bajo “otra condición social” se encuentra asimismo

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

256. La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría. Como ejemplo del juicio estricto de igualdad se pueden señalar algunas decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos³⁰², la Corte Constitucional de Colombia³⁰³, la Corte Suprema de Argentina³⁰⁴ y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica³⁰⁵.

257. En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio³⁰⁶. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio. Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, la Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad, el llamado juicio de proporcionalidad, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana³⁰⁷.

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

si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública³⁰⁸.

259. Al respecto, en el caso *Kiyutin v. Rusia*, el Tribunal Europeo consideró como trato discriminatorio el hecho que no se hubiese hecho una adecuada fundamentación a la restricción del derecho a ser residente por el hecho que la víctima tuviese VIH. Además, el Tribunal observó que en ningún momento las autoridades tuvieron en cuenta el estado real de salud de la víctima y los vínculos familiares que pudiesen ligarle a Rusia. Así pues, estableció la condición de vulnerabilidad que enfrentan las personas con VIH/SIDA y los prejuicios de los que han sido víctimas a lo largo de las últimas tres décadas³⁰⁹. Este caso es significativo en tanto resalta que la adopción de medidas relativas a personas con VIH/SIDA debe tener como punto de partida su estado de salud real³¹⁰.

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

260. Como se observa, el examen sobre si una niña o niño con VIH, por su condición hematológica, debe ser o no retirado de un plantel educativo, debe hacerse de manera estricta y rigurosa a fin de que dicha diferenciación no se considere una discriminación. Es responsabilidad del Estado determinar que efectivamente exista una causa razonable y objetiva para haber hecho la distinción. En ese orden de ideas, para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjo la decisión³¹¹.

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

262. En el presente caso la Corte observa que Talía asistía normalmente a la escuela hasta el momento en que su profesora se enteró de su condición de niña con VIH. Las autoridades del colegio: su profesora, el director de la escuela y el Subsecretario de Educación, en lugar de darle una atención especializada dada su condición de vulnerabilidad, asumieron el caso como un riesgo para los otros niños y la suspendieron para luego expulsarla³¹². Al respecto, el interés superior de los niños y niñas, tanto de Talía como de sus compañeros de clase, exigía *adaptabilidad* del entorno educativo a su condición de niña con VIH. Tal como se ha mencionado (*supra* párr. 235) para el Comité de Derechos

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

263. La Corte observa que las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía. En lo relativo al derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó la necesidad que los Estados tomen las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA³¹⁵.

264. Igualmente, la Corte resalta que la protección de intereses imperiosos o importantes como la integridad personal de personas por supuestos riesgos por la situación de salud de otras personas, se debe hacer a partir de la evaluación específica y concreta de dicha situación de salud y los riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios que podrían generar. Ya ha sido mencionado (*supra* párr. 260) que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades, particularmente cuando reproducen el estigma en torno a las mismas³¹⁶.

265. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés colectivo” y la “integridad y vida” de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica³¹⁷. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud³¹⁸.

266. En el caso que ocupa la atención de la Corte, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas³¹⁹. En el presente caso la medida

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

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

268. Al respecto, la Corte resalta que el objetivo general de proteger la vida e integridad personal de las niñas y los niños que compartían su estancia con Talía en la escuela constituye, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³²⁰. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”³²¹.

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

270. La Corte considera que la valoración de la prueba en relación al presente caso, para efectos de establecer la inminencia del supuesto riesgo, no tuvo en cuenta los aspectos médicos aportados y privilegió, a partir de prejuicios sobre la enfermedad, los testimonios genéricos referidos a las hemorragias. En efecto, la Corte observa que constaba un informe médico que aseguraba que Talía se encontraba en buenas condiciones hematológicas³²². Asimismo, la institución tuvo conocimiento del diagnóstico de la púrpura trombocitopénica idiopática mediante una entrevista con Teresa Lluy³²³, momento en el cual se precisó que Talía padecía VIH aunque para ese momento fuese una paciente asintomática³²⁴.

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

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

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

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

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

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

275. De acuerdo con Naciones Unidas la discriminación derivada de ser una persona con VIH no sólo es injusta en sí, sino que crea y mantiene condiciones que conducen a la vulnerabilidad social a la infección por el VIH, en especial a la falta de acceso a un entorno favorable que promueva el cambio de comportamiento de la sociedad y le permita a las personas hacer frente al VIH³²⁷. En este punto, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la OACNUDH y UNUSIDA aluden a la promoción de entornos que apoyen y habiliten a las personas con VIH³²⁸.

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

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

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

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

fundamental para la vida activa”³³⁰. Del mismo modo, la Corte destaca la importancia que tiene la educación en el objetivo de reducir la vulnerabilidad de los niños con VIH/SIDA, a través de la facilitación de información pertinente y apropiada que contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión del VIH/SIDA, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto a las personas con VIH/SIDA y a eliminar las prácticas discriminatorias. En el caso de las niñas y los niños con VIH/SIDA, es necesario que los Estados tomen medidas para que éstos tengan acceso a la educación sin limitaciones³³¹. En este sentido, la Corte recuerda lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, que ha señalado que “[l]a discriminación contra niños [...] afectados por el VIH/SIDA priva a esos niños de la ayuda y el apoyo que más necesitan”³³².

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

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

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

280. Durante el período lectivo Talía no tuvo dificultad para integrarse a su nuevo ambiente y no tuvo problemas de salud³³⁵. Por otro lado, el Estado no ha controvertido el señalamiento en el sentido de que autoridades del Ministerio de Educación indagaron respecto a si Talía se encontraba estudiando en “El Cebollar”, por el supuesto riesgo que generaría para otros niños. Adicionalmente, en dicho jardín infantil también recibieron visitas de la Cruz Roja del Azuay en presencia de un padre de familia quien conoció de la existencia de una niña con VIH en “El Cebollar”, motivo por el cual retiraron a algunos niños y niñas del establecimiento³³⁶. La Corte observa que uno de los efectos del estigma lo constituyó la necesidad que tuvieron tanto la familia Lluy como las profesoras de una de las instituciones educativas que recibió a Talía, de negar su situación de persona con VIH para no ser objeto de un trato arbitrario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En particular, los Estados partes están obligados a promover la igualdad de los derechos de las niñas, dado que están comprendidas en la comunidad más amplia de las mujeres y son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, así como a la trata de personas, el maltrato, la explotación y la violencia. Todas estas situaciones de discriminación se agravan cuando las víctimas son adolescentes. Por lo tanto, los Estados deberán prestar atención a las necesidades específicas de las niñas (adolescentes) ofreciéndoles educación sobre salud sexual y reproductiva y llevando a cabo programas para prevenir el VIH/SIDA, la explotación sexual y el embarazo precoz³⁴⁰.

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

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

288. La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos³⁴². En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que "la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres"³⁴³. En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos)³⁴⁴.

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

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que

no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada³⁴⁵. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

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

Notas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sentido similar, véase: Preámbulo de la Convención Americana.

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

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

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

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