

# Nuevas tendencias del derecho a la no discriminación a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en relación con México

José Luis Caballero Ochoa

*Universidad Iberoamericana, Ciudad de México*

Marisol Aguilar Contreras

*Universidad Iberoamericana, Ciudad de México*

**S**umario.- I. La evolución de las categorías protegidas; I.1. Reconocimiento expreso de la prohibición de discriminar como derecho, I.2. Los factores en virtud de los que se prohíbe discriminar; I.3. La autonomía personal ante la prohibición de discriminar; II. La discriminación estructural; III. Coordinadas del derecho a la no discriminación en el Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos; IV. Coordinadas del derecho a la no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; IV.1. La prohibición de discriminar como categoría de *ius cogens*; IV.2. La evolución de la prohibición de discriminar como cláusula autónoma; IV.3. Discriminación indirecta; IV.4. La prohibición de discriminar en sentencias recientes; V. Desarrollo conclusivo. Las perspectivas del caso mexicano.

## **I. La evolución de las categorías protegidas**

En la última década, el derecho a la no discriminación se ha desarrollado cada vez con mayor frecuencia por los tribunales internacionales y nacionales, dado los cambios paradigmáticos en las legislaciones en materia de derechos humanos y la aplicación de estándares internacionales en la mayoría de los Estados democráticos, aunque también es resultado de la visibilización de las vulneraciones a los derechos y de la posibilidad de su registro en los últimos años.

El derecho a no ser discriminado se encuentra establecido en el *corpus iuris* de los tratados internacionales en la materia y se ha aplicado de la misma forma hasta hace pocos años. Los instrumentos jurídicos que reconocen este principio coinciden en el reconocimiento de ciertos elementos como un estándar para su observación, que incluye los siguientes aspectos: 1) la prohibición de discriminar se ha ido conformado expresamente como un derecho; 2) que se presenta en atención a ciertos factores personales; 3) algunos de los cuales tienen verificativo ante el despliegue de la autonomía personal.

### **I.1. Reconocimiento expreso de la prohibición de discriminar como derecho**

A diferencia de los primeros ejercicios normativos en que se consignó, la prohibición de discriminar ha ido estableciéndose paulatinamente en los tratados internacionales como un derecho autónomo y no solamente vinculado al ejercicio de los derechos establecidos en determinado instrumento internacional, por ejemplo el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas [en adelante ONU] en su artículo 2.1 al señalar:

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.

O bien, el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en adelante, CADH o Convención Americana], como se precisa en el artículo 1.1, y que se refiere también a una cláusula de prohibición de discriminar frente a otros derechos, por lo que Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos M. Pelayo Möller (2012: 168) la catalogan como una “cláusula subordinada”. La disposición establece:

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

De manera progresiva, las cláusulas de prohibición de discriminar se han ido modificando, de manera que se van configurando como una obligación autónoma, que debe incluir a la legislación y todos los actos de autoridad; esto con independencia de instrumentos específicos que prohíben la discriminación de ciertos grupos y colectivos en relación con el goce y ejercicio de otros derechos humanos.

Un ejemplo de este avance es el Protocolo Adicional número 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [en adelante CEDH o

Convenio Europeo],<sup>1</sup> que en su disposición primera contempla la prohibición general de discriminación y que complementa al artículo 14 del CEDH sobre la prohibición de discriminar, al establecer que nadie puede ser discriminado en el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el tratado.<sup>2</sup>

La novedad del Protocolo radica en que la prohibición se extiende a cualquier ley y no solamente a los derechos previstos en el CEDH. De esta forma, es posible aplicar dicha disposición a cualquier legislación doméstica e internacional vigente en los Estados partes e incluso a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Carta Social Europea.<sup>3</sup>

El artículo 1º establece:

1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquiera otra situación.
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1.

Si bien, la redacción de la primera parte se dirige a la prohibición de discriminar en “el goce de todos los derechos reconocidos por la ley”, refiriéndose a cualquier legislación nacional, el objeto del Protocolo toma sentido con base en el punto dos

<sup>1</sup> Consejo de Europa, *Protocolo No. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma, 4 de noviembre de 2000.

<sup>2</sup> El artículo 14 del Convenio Europeo establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio han de ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por razón 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”.

<sup>3</sup> Consejo de Europa, *Carta Social Europea*. Turín, 18 de octubre de 1961.

de la misma disposición que prohíbe expresamente los actos de discriminación cometidos por cualquier autoridad, al señalar que “nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública”, lo que da fuerza a este contenido de igualdad y le confiere una autonomía particular, tanto en su configuración sustantiva como en la obligación que genera para los poderes públicos.

Los ejercicios constitucionales contemporáneos también contemplan esta cláusula de forma autónoma. Es el caso de la prohibición de discriminar establecida en el artículo 1º, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en adelante CPEUM o la Constitución], que señala:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el Derecho Comparado es posible advertir este desarrollo en algunas constituciones contemporáneas en la región latinoamericana, que establecen directamente la regla normativa de prohibición de discriminar, como es el caso de la Constitución de Perú (1993)<sup>4</sup> o de Bolivia (2009).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> El artículo 2º señala: “Toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

<sup>5</sup> El artículo 14, fracción II, establece:

El estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menos-

## **I.2. Los factores en virtud de los que se prohíbe discriminar**

En nuestro contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en adelante SCJN o Suprema Corte] ha considerado que los criterios que pueden entrañar discriminación se deben tomar con especial atención ante un examen de constitucionalidad, ya que el propósito de su mención expresa en la Constitución es la protección de los eventuales, y con frecuencia graves, efectos del prejuicio sobre personas o grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización y que pueden no ser tenidos en cuenta por los legisladores y los demás poderes públicos, del mismo modo que los intereses de todos los demás. En algunos casos, se han denominado también como “categorías sospechosas”, ante la suspicacia que despierta establecer distinciones en la ley con base en tales categorías, por lo que se requiere un escrutinio estricto o más intenso en un examen de compatibilidad de la norma con la Constitución.<sup>6</sup>

Estos factores o categorías protegidas<sup>7</sup> también se han ido desarrollando con el transcurso del tiempo y la madurez de los sistemas de protección a los derechos humanos, en el entendido de que no son limitativos, sino que son una expresión de las condiciones más frecuentes por las cuales personas o grupos se ven excluidos de la igualdad de oportunidades. Quizás uno de los ejemplos más acabados por la identificación de los distintos fac-

---

cabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

<sup>6</sup> Véase, SCJN. Amparo en revisión 2199/2009. Tesis 1ª CIV/2010. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Septiembre de 2010. (9ª Época). Pág. 183. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.

<sup>7</sup> En el presente trabajo se hará referencia a “categorías protegidas”, salvo que se aluda al tratamiento de la SCJN, que utiliza el término de “categorías sospechosas”.

tores sea el de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada desde 2000, pero que se asumió como instrumento vinculante para los Estados miembros de la Unión hasta su incorporación al Tratado de Lisboa –la última gran reforma a la legislación europea–, en vigor a partir del 1 de diciembre de 2009.<sup>8</sup>

El artículo 21.1 señala:

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Una de las cuestiones más importantes que ha ido asumiendo todo este desarrollo normativo, es que se dirige de manera más específica a los factores de discriminación que enfrenta un determinado colectivo, como se ha ido plasmando en algunos ejercicios recientes, por ejemplo, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, adoptada por la Organización de Estados Americanos [en adelante OEA] el 5 de junio de 2013,<sup>9</sup> en la que se incluye específicamente a la raza, color, linaje u origen nacional o étnico, como los motivos en los que puede estar basada la discriminación racial;<sup>10</sup> o bien, la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia,<sup>11</sup> adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013, que contiene un ca-

<sup>8</sup> Unión Europea (UE) (2007). *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

<sup>9</sup> OEA (2013). *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*. La Antigua, Guatemala, 5 de junio de 2013.

<sup>10</sup> *Ibidem*, artículo 1.1.

<sup>11</sup> OEA (2013). *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*. La Antigua, Guatemala, 5 de junio de 2013.

tálogo más amplio y sofisticado de los factores de discriminación, al señalar en el artículo 1.1 que

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Desde luego, no existe un tratamiento homogéneo por parte de las cortes de constitucionalidad o de los organismos internacionales de protección a los derechos humanos a la hora de evaluar la razonabilidad de las distinciones ante los factores de prohibición de discriminar. Hay categorías como la raza, el origen nacional o el sexo, sobre las que se requiere un interés superior del Estado para hacer diferencias de trato (*compelling state interest*), y algunas otras sobre las que la intensidad en la evaluación de su constitucionalidad o compatibilidad con el Derecho Internacional puede ser más débil (Gerards, 2007: 33).

### **1.3. La autonomía personal ante la prohibición de discriminar**

Por otra parte, muchas de las categorías protegidas contenidas en las cláusulas de prohibición de discriminar se encuentran asociadas con la autonomía personal. El ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante Corte IDH o Corte Interamericana], Sergio García Ramírez, en el caso *Ximenes Lo-*

pes vs. Brasil<sup>12</sup> sentó precedentes sobre la importancia de tomar en cuenta particularidades personales que no pueden analizarse de manera homogénea en una sociedad, sino, por el contrario, deben atender a las características de ciertos grupos sociales que con frecuencia han sido marginados, de *iure* o de *facto*.

En este escenario, como garante de los derechos y libertades, el Estado debe establecer mecanismos que los tutelen, sin que interfiera en la decisión de cada quien sobre cómo ejercer dichos derechos. Es decir, todas las personas poseen, retienen y desarrollan, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen.

Si bien, la SCJN no ha desarrollado el concepto de autonomía personal, sí ha señalado que las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierne sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad, es decir, para el desarrollo de su autonomía y libertad. Una limitación a la autonomía personal, como a cualquier derecho, no puede ser arbitraria ni desproporcional.<sup>13</sup>

## II. La discriminación estructural

El reconocimiento del derecho a no ser discriminado en relación con las categorías protegidas en un sentido individual, ya ha sido

<sup>12</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. No. 149. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

<sup>13</sup> SCJN. Amparo directo en revisión 2044/2008. 17 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: Min. José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez y Roberto Lara Chagoyán. DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA. 9ª Época. 1ª Sala. S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX; Diciembre de 2009. Pág. 276.

bastante desarrollado por los sistemas de protección a derechos humanos, no así la discriminación estructural, que es uno de los temas que requiere en nuestros días una mayor atención normativa y jurisprudencial.

Sobre esta figura, algunos especialistas han señalado que se trata del fenómeno de exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad,<sup>14</sup> con independencia de las diversas reformas que se han realizado para incluir a los grupos en situación de vulnerabilidad en las legislaciones nacionales, lo que evidencia que nos encontramos frente a una discriminación que se da regularmente de *facto*.

Christian Courtis (2008: 7) considera como elementos básicos para identificar una posible situación de discriminación estructural: (i) la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, (ii) la exclusión de ese grupo social determinado del goce o ejercicio de derechos y (iii) el agravamiento de su exclusión o marginación social.

Un ejemplo importante al respecto es el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* del año 2009,<sup>15</sup> en el que la Corte IDH al analizar el número creciente en la última década de las mujeres muertas en la zona de Ciudad Juárez, Chihuahua, concluyó que la discriminación que ellas sufrían era producto del patrón de prejuicios que los funcionarios públicos poseían sobre este grupo en situación de vulnerabilidad, lo que perjudicaba la prevención, la investigación de los hechos y la sanción de los responsables, es decir, un patrón de impunidad. Este patrón “se manifestaba en la percepción de los funcionarios estatales [acerca de] que la búsqueda y protección de mujeres reportadas como desaparecidas no era importante e implicaba que en un principio las autoridades se negaban a investigar”.<sup>16</sup> Pero, además, la Corte Interamericana reconoció que en este caso no era suficiente tender

<sup>14</sup> Por ejemplo, Saba (2005: 127-143).

<sup>15</sup> Corte IDH. *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.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 151.

a una reparación integral que volviera a la situación anterior a la violación de derechos (*restitutio in integrum*), sino que, “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural”, las reparaciones deberían considerar “una vocación transformadora de dicha situación”,<sup>17</sup> con el objeto de que tuvieran un efecto correctivo.

Es así como la Corte IDH analizó el contexto de la realidad social mexicana en ese momento y señaló que “las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes” parecen haber permitido la perpetuación de la violencia en contra de la mujer en Ciudad Juárez.<sup>18</sup>

Por su parte, en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay,<sup>19</sup> la Corte Interamericana procedió a una apreciación de las violaciones de manera generalizada, dado que la materia del fallo versó sobre los miembros de toda una comunidad indígena. Las vulneraciones a derechos humanos implicaron la discriminación en contra de todo el grupo indígena en situación de vulnerabilidad del área de Chaco, territorio tradicional de dicha comunidad, ya que no se le otorgaron los recursos adecuados y efectivos para poder reclamar las tierras que formaban parte de su patrimonio ancestral.

Lo anterior es muy relevante porque en este caso, el órgano jurisdiccional se alejó de la perspectiva individual de análisis común del derecho a la no discriminación para acercarse a la visión colectiva del análisis de la discriminación estructural, al señalar que la propiedad o posesión de tierras en las comunidades indígenas “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.<sup>20</sup>

En su voto concurrente el juez Eduardo Vio Grossi indicó que la Corte IDH, “sin alejarse de su posición tradicional, parecería dejar margen para que en el futuro pudiese disponer de la

<sup>17</sup> *Ibidem*, párr. 450.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párrs. 113-164.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párr. 87.

posibilidad de adoptar una nueva aproximación en la materia”,<sup>21</sup> en el sentido de que las violaciones sobre discriminación pudieran ser estudiadas de manera colectiva. Consideró que a partir del cúmulo de tratados internacionales que le dan derechos colectivos a las comunidades indígenas:

[se] permitiría [...] arribar a una comprensión más amplia del artículo 1 de la Convención [sobre] la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella [a] colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, [...] lo que en definitiva implicaría no serían únicamente de carácter individual.<sup>22</sup>

Asimismo, añadió que de esta comprensión del artículo 1º de la CADH sobre el principio de no discriminación, sería procedente en adelante apreciar en el término “persona”, contenido en diversos artículos del instrumento, y, consecuentemente, como víctimas de violaciones a derechos consagrados por el mismo, no sólo a los individuos.<sup>23</sup>

Con independencia de estos pronunciamientos, sí ha faltado una mayor contundencia y claridad ante la presencia de discriminación estructural por parte de la jurisprudencia interamericana, como documentan algunos casos recientes de la Corte IDH, por ejemplo, *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*<sup>24</sup> o el caso de las *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 9.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párr. 26.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>24</sup> Corte IDH. *Caso Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251.

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas 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.

El primero se encuentra relacionado con la violación de derechos humanos en perjuicio de migrantes haitianos que han perdido la vida, han sido lesionados, detenidos o expulsados del Estado. La Corte Interamericana efectivamente señaló la importancia de analizar la situación dentro del ámbito de las violaciones colectivas, pero omitió hacer un pronunciamiento sobre el contexto de discriminación estructural que existiría en República Dominicana respecto de personas haitianas o de descendencia haitiana.<sup>26</sup>

A pesar de la tibieza de la Corte IDH para pronunciarse al respecto, existió una ruta amplia y documentada en relación con las diversas situaciones de discriminación hacia los migrantes haitianos; un estudio de contexto sobre la exclusión que sufre este grupo en situación de vulnerabilidad, que fue pieza clave para su resolución. Es importante resaltar que no ha sido el único caso en la materia contra República Dominicana. Anteriormente se falló en contra del Estado ante la discriminación contra unas niñas a quienes se les negó la nacionalidad dominicana por tener ascendencia haitiana y porque no cumplían con otros requisitos (caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana).<sup>27</sup> O el muy reciente caso Tide Méndez y otros vs. República Dominicana, que aún no recibe sentencia por parte de la Corte Interamericana y que se relaciona con las políticas de expulsión de haitianos y dominicanos de origen haitiano.

En este caso, el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en adelante CIDH] señaló que si bien el proceso versó sobre las afectaciones a los derechos humanos de sus peticionarios, es resultado de una práctica sistemática y colectiva de deportación de personas haitianas,<sup>28</sup> lo que debe conducir a que la Corte IDH analice esta práctica que deriva en la

<sup>26</sup> *Cit. supra* nota 24, párr. 40.

<sup>27</sup> Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130.

<sup>28</sup> CIDH. *Informe de Fondo No. 64/12. Caso No. 12. 271. Benito Tide Méndez y otros*. República Dominicana. 29 de marzo de 2012, párr. 2.

discriminación de los migrantes haitianos en el Estado; y es de esperarse, además, que fije un estándar sobre la discriminación estructural y los elementos que rijan su actuación frente a este fenómeno.

Por su parte, el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia se refiere a desplazamientos forzados de comunidades afrodescendientes, motivados por grupos armados, especialmente el grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (tradicionalmente conocidas como las FARC). La Corte IDH evidenció claramente las condiciones de marginalidad de estas comunidades ante el desplazamiento, así como la explotación de sus territorios, sin hacer mención expresa de las condiciones de discriminación estructural en que han vivido;<sup>29</sup> omisión que además se acentuó ante el estándar normativo adoptado desde el Reglamento de la Corte IDH en relación con la necesaria identificación de las víctimas por parte de la CIDH al momento de someter un caso ante su jurisdicción.<sup>30</sup>

No obstante, implícitamente reconoció un contexto de vulneraciones sistemáticas a derechos humanos hacia los miembros de las comunidades afectadas, sin referirse únicamente a la lista de víctimas; a pesar de que las reparaciones o algunas de ellas se tuviesen que actualizar de manera individualizada, al señalar que el contexto histórico de la zona ha sido y sigue siendo el conflicto armado y la guerrilla.<sup>31</sup>

Lo anterior se visibiliza mejor al considerar que la Corte IDH hizo mención de que, sin perjuicio de la individualidad de las reparaciones, en escenarios de justicia transicional, los Estados deben reparar masivamente,<sup>32</sup> en el entendido de que cuando un

<sup>29</sup> *Cit. supra* nota 25; véase la reflexión de la Corte IDH al respecto en los párrs. 332-338.

<sup>30</sup> *Ibidem*. En el párr. 39 se señala: “De conformidad con el artículo 35.1 del Reglamento, el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención debe contener ‘todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas’”.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párrs. 88-94.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párr. 470.

Estado se encuentra frente a esta situación, es consecuencia de violaciones sistemáticas a derechos humanos.<sup>33</sup>

## **Coordenadas del derecho a la no discriminación en el Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos<sup>34</sup>**

De manera general, se han presentado dos grandes vertientes de avance en el Sistema Europeo de Derechos Humanos:

1. Como hemos señalado anteriormente, una gran reforma a través de la implementación del Protocolo Adicional número 12 del CEDH, que avanza en la prohibición general de discriminación, aunque el aspecto más sometido a debate sobre este instrumento es si efectivamente lleva a establecer ese pretendido carácter autónomo del artículo 14 del CEDH (Carmona, 2009: 737).
2. Por otra parte, una jurisprudencia muy vigorosa –aunque no abundante en relación con otros derechos– por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante TEDH o Tribunal Europeo], que ha ampliado de manera significativa la cobertura del artículo 14, el cual, por el contexto de la época, no es prolijo en la expresión de categorías protegidas.

De alguna manera, es gracias al carácter subsidiario a otros derechos del artículo 14 del CEDH que ha sido posible llevar adelante la expresión de otros factores o categorías protegidas por vía jurisprudencial. De esta forma, ningún aspecto vinculado a la

---

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 198. Nota al pie 238. Sobre el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U. N. Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

<sup>34</sup> Sobre el artículo 14 del Convenio Europeo véase, entre otros: Caballero (2004), Jacobs y White (2006) y Carmona (2009).

discriminación escapa ya al conocimiento del Tribunal Europeo, al extenderse a cuestiones que han ido tomando más relevancia con el transcurso del tiempo.

Tal es el caso de la orientación sexual, un ámbito no contemplado en el CEDH y que ha ido adquiriendo su propio rostro como una categoría protegida, en atención a la autonomía personal, que deriva del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrada en el artículo 8.1 del CEDH.<sup>35</sup>

La prohibición de discriminar por orientación sexual, a partir del artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 8.1, ha llevado al TEDH a proteger los derechos humanos en niveles de complejidad cada vez mayores. Así, a partir de la Sentencia 4/1981, de 22 de octubre, caso *Dudgeon vs. Reino Unido*,<sup>36</sup> por la que se condenó al Estado por mantener criminalizadas las relaciones sexuales entre adultos consintientes del mismo sexo, a lo largo de los años se han llegado a emitir resoluciones en relación con la expulsión del Ejército por orientación sexual, como en *Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido*<sup>37</sup> y *Smith y Grady vs. Reino Unido*,<sup>38</sup> ambos de 27 de diciembre de 1999; o

<sup>35</sup> Artículo 8.1: “ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”. Sobre el artículo 8 como disposición que ha servido como vía de justiciabilidad de otros derechos, Santiago Ripol Carulla (2007: 32) se refiere por ejemplo a la sentencia del TEDH en el caso *López Ostra vs. España*, de 9 de diciembre de 1994, en la que a partir del derecho al respeto a la vida privada y familiar, se dedujo el derecho a un medio ambiente adecuado.

<sup>36</sup> TEDH. *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*. Aplicación No. 7525/76. Sentencia de 22 de octubre de 1981 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>> [Consulta: 6 de octubre de 2013].

<sup>37</sup> TEDH. *Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*. Aplicación No. 31417/96 y 32377/96. Sentencia de 27 de diciembre de 1999 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407>> [Consulta: 10 de enero de 2014].

<sup>38</sup> TEDH. *Case of Smith and Grady v. the United Kingdom*. Aplicación No. 33985/96 y 33986/96. Sentencia de 27 de diciembre de 1999 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58408>> [Consulta: 10 de enero de 2014].

bien, la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*,<sup>39</sup> de 21 de marzo de 2000, en la que se falló la violación al CEDH porque en una causa de divorcio se concedió la custodia de una hija a la madre exclusivamente por razón de orientación sexual del padre; o el caso *Karner vs. Austria*,<sup>40</sup> de 24 de julio de 2003, en el que se determinó la violación al artículo 14 del CEDH porque el Estado no pudo justificar un fin legítimo para excluir los beneficios de la pareja supérstite en el caso de relaciones homosexuales estables y de largo plazo.

Los primeros casos se arroparon sólo bajo la protección del artículo 8 del CEDH y posteriormente se consideró a la orientación sexual como una de las categorías tuteladas por el artículo 14, como ocurrió en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*,<sup>41</sup> en el que por primera vez el TEDH se refirió de forma autónoma a esta categoría bajo la cobertura de esta disposición.

Desde esta perspectiva, el Sistema Europeo se ha ido moviendo más hacia la construcción de una jurisprudencia sólida, que va abandonando el principio de margen de apreciación nacional en la materia.<sup>42</sup> Esta doctrina se configura como un “espacio de maniobra” que el TEDH concede a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones (García Roca, 2010: 107-108), a efecto de que puedan determinar el modo en que se desarrollan los derechos en el ámbito interno (Núñez y Acosta, 2012: 6).

El Tribunal Europeo ha aplicado el margen de apreciación principalmente en casos que tienen que ver con restricciones de derechos, en donde en primer lugar elabora un estudio comparado con otras legislaciones de los Estados partes del CEDH; en segundo lugar, verifica la existencia de consenso y justifica cuán-

<sup>39</sup> TEDH. *Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Aplicación No. 33290/96. Sentencia de 21 de marzo de 2000 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404>> [Consulta: 10 de enero de 2014].

<sup>40</sup> TEDH. *Case of Karner v. Austria*. Aplicación No. 40016/98. Sentencia de 24 de julio de 2003 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263>> [Consulta: 10 de enero de 2014].

<sup>41</sup> *Cit. supra* nota 39.

<sup>42</sup> Para una aproximación al tema del margen de apreciación, véase García Roca (2010), Núñez y Acosta (2012).

do podría ser útil el consenso para señalar si podrían restringirse o no derechos según el caso en concreto, y finalmente, aplica un test de proporcionalidad para analizar si las restricciones a los derechos, según el caso, no se han ejercido de manera arbitraria.

De esta manera, es posible señalar como ejemplo un par de casos de identidad sexo-genérica. En uno de los primeros asuntos sobre reasignación sexual, la sentencia del caso *Rees vs. Reino Unido*,<sup>43</sup> el TEDH manifestó que los actos del estado civil con respecto a los transexuales, incluido el matrimonio bajo la nueva identidad sexual, gozaban de un amplio margen de apreciación por parte de los Estados, en virtud de la disparidad de criterios al respecto, sin perjuicio de considerar la gravedad de los problemas de estas personas y de atender a la interpretación del CEDH.<sup>44</sup> El TEDH redujo el margen de apreciación nacional en esta materia, de forma que, en el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*,<sup>45</sup> idéntico al anterior, declaró la responsabilidad del Estado ante la negativa de sus autoridades para modificar el sistema de registro civil del Reino Unido frente a las mismas circunstancias y señaló que el Estado no podía seguir invocando su margen de apreciación en la materia, en virtud de los nuevos desarrollos científicos y sociales.

Una resolución importante en la que se consideró margen de apreciación nacional por las circunstancias concretas del caso pero con un avance considerable de jurisprudencia es *Schalk y Kopf vs. Austria*.<sup>46</sup> El margen de apreciación nacional se esti-

<sup>43</sup> TEDH. *Case of Rees v. the United Kingdom*. Aplicación No. 9532/81. Sentencia de 17 de octubre de 1986. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>> [Consulta: 6 de octubre de 2013].

<sup>44</sup> Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa. Adoptado el 18 de junio de 2004 por los Jefes de Estado o de Gobierno de los entonces 25 miembros de la UE. Fue firmado en Roma el 29 de octubre de ese año para su aprobación –parlamentaria o vía referéndum– y posterior ratificación por los países miembros de la Unión. No entró en vigor, como se explicará más adelante. Párr. 47.

<sup>45</sup> TEDH. *Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Aplicación No. 28957/95. Sentencia de 11 de julio de 2002 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>> [Consulta: 6 de octubre de 2013].

<sup>46</sup> TEDH. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*. Aplicación No. 30141/04. Sen-

mó porque la pareja demandante argumentó ser discriminada ante la negativa del Estado de permitirles acceder al matrimonio como pareja del mismo sexo, cuando no había regulación al respecto en Austria. De manera que el Tribunal determinó que no se desprende del artículo 12 del CEDH, que consagra el derecho al matrimonio,<sup>47</sup> una obligación de los Estados a conferirlo a parejas homosexuales.<sup>48</sup> Se estimó que regular esta figura era una cuestión que correspondía únicamente al Estado, y por tanto, ante la ausencia normativa, no era posible hablar de discriminación.

En su desarrollo jurisprudencial, sin embargo, el Tribunal Europeo consideró que no era posible interpretar el mencionado artículo 12 del CEDH como un derecho destinado solamente a personas de distinto sexo<sup>49</sup> y que, aun y cuando en su trayectoria interpretativa había reconocido que las relaciones entre personas del mismo sexo se encuentran tuteladas por el artículo 8 del CEDH sólo en el ámbito del derecho a la “vida privada”, y no de “vida familiar”, era importante precisar que las relaciones estables de este tipo de parejas se hallan protegidas por el derecho a la vida familiar, del mismo modo que las heterosexuales, ya que sería artificial mantener una distinción que claramente va siendo superada por la tendencia que experimentan las sociedades europeas en este sentido.<sup>50</sup>

tencia de 24 de junio de 2010 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>> [Consulta: 24 de octubre de 2013].

<sup>47</sup> Artículo 12. “Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

<sup>48</sup> Párr. 101, *in fine*: “Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same – sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either”.

<sup>49</sup> Párr. 61: “The Court no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex”.

<sup>50</sup> Párr. 94: “In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different – sex couple, a same sex couple cannot enjoy ‘family life’ for the purposes of Article 8. Consequently

En otra consideración, se estimó que, precisamente en atención al margen de apreciación nacional, es necesario tomar en cuenta el tiempo en que los Estados van haciendo las reformas legales correspondientes; *timing* es la expresión en inglés, lo que denota un compás de espera sobre pasos secuenciales.<sup>51</sup> De esta manera, el TEDH reconoció una tendencia evolutiva que ya refleja la unión civil entre personas del mismo sexo prevista en la legislación austriaca y que se asemeja en algunos aspectos al matrimonio, con lo que ubicó a este tipo de figuras en el ámbito de un consenso europeo, lo que ha permitido elevar el piso de la dimensión de la igualdad en la protección legal de los distintos modelos de vida familiar.

## **Coordenadas del derecho a la no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

En relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, nos parece importante resaltar las siguientes cuestiones que apuntan hacia una dimensión evolutiva de la prohibición de discriminar.

### **La prohibición de discriminar como categoría de *ius cogens***

Seguramente el ejemplo más contundente de haber consolidado este aspecto, y una de las aportaciones más importantes del Sis-

the relationship of the applicants, a cohabiting same – sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of ‘family life’. Just as the relationship of a different – sex couple in the same situation would”.

<sup>51</sup> Párr. 105: “The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes...”.

tema Interamericano, es el entendimiento de que el principio de igualdad y la prohibición de discriminar han ingresado a la categoría del *ius cogens* (norma imperativa de Derecho Internacional), como se afirmó en la Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.<sup>52</sup>

Ya se ha señalado en diversos instrumentos internacionales que el principio de no discriminación es una norma de *ius cogens* y, por lo tanto, su inobservancia por parte de los Estados acarrea responsabilidad internacional. En el año 2003, México consultó a la Corte IDH sobre la privación de ciertos derechos a los trabajadores en atención a su condición migratoria y su

compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación, y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos [así como] el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.<sup>53</sup>

En esta consulta, la Corte IDH señaló principalmente las diferencias entre una distinción de trato y la discriminación. En dicha interpretación reconoció que, aunque la CADH no contiene una definición sobre la discriminación, tomó como base algunos instrumentos que forman parte del *corpus iuris* internacional para sostener su contenido,<sup>54</sup> definiendo a la discriminación como toda exclusión, restricción o privilegio que no sea, objetivo

<sup>52</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18.

<sup>53</sup> *Ibidem*, párr. 1.

<sup>54</sup> La Corte IDH ha utilizado como definición de discriminación lo establecido en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

y razonable, y que redunde en detrimento de los derechos humanos.<sup>55</sup>

La afirmación más contundente de la Corte IDH en este sentido fue que en “la actual etapa de la evolución del derecho internacional”,<sup>56</sup> el principio de no discriminación pertenece a la actual categoría del *ius cogens*, porque en él descansa “todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”,<sup>57</sup> con lo que, nos parece, realizó un avance jurisprudencial de la mayor importancia.

## **La evolución de la prohibición de discriminar como cláusula autónoma**

La connotación de una cláusula subordinada al respeto y garantía de otros derechos, que consigna la Convención Americana, ha seguido el derrotero de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en el sentido de que la prohibición de discriminar se presenta en función del resto de derechos consignados en el tratado; y sin contar con una enmienda al respecto, como el Protocolo Adicional número 12 del Convenio Europeo.

Sin embargo, se constata que por vía jurisprudencial ha sido posible ampliar la virtualidad interpretativa del artículo 1.1 de la CADH y la tendencia a situarse como una cláusula autónoma,<sup>58</sup> al producir los efectos que esta autonomía trae consigo. Lo anterior, a partir de una vinculación concreta con el artículo 24 de la Convención Americana, relativo a la igualdad frente a la ley,<sup>59</sup> como la disposición que “prohíbe la discriminación de derecho o

<sup>55</sup> *Cit. supra* nota 47, párr. 84.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> Las categorías protegidas expresamente en el caso de la CADH son “raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra posición social”.

<sup>59</sup> CADH. Artículo 24. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

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”, según lo señaló la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.<sup>60</sup> De esta manera, sin necesidad de un protocolo de enmienda, se ha dado una expresión de prohibición general de discriminación mediante la lectura transversal de ambos preceptos. Ya desde la Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica,<sup>61</sup> la Corte IDH señaló que con base en ambas disposiciones, los Estados “se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.<sup>62</sup>

Así, es el artículo 24 de la CADH el que prohíbe la discriminación hacia el interior de los propios Estados partes de la Convención Americana, según las categorías protegidas por el artículo 1.1 –con el que debe coordinarse, como apuntan Ferrer y Pelayo (2012: 171)– y que son susceptibles de extensión y actualización por vía de la jurisprudencia interamericana.

La Corte IDH, en casos recientes como los ya citados Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* o el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (*Operación Génesis vs. Colombia*), ha señalado el carácter de cada disposición, precisando que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”.<sup>63</sup> No obstante, nos parece que

<sup>60</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239.

<sup>61</sup> Corte IDH. *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.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 54.

<sup>63</sup> *Cit. supra* nota 24, párr. 226; *supra* nota 21, párr. 272; *supra* nota 25, párr. 333.

la articulación necesaria de ambos preceptos es lo que permite extender la prohibición de discriminar en la jurisdicción interna de los Estados partes de la Convención Americana.

La jurisprudencia ha permitido que la prohibición de discriminar se haya ido consolidando como una cláusula autónoma al seguir las notas que caracterizan a este desarrollo:

- a) La ampliación de las categorías protegidas;
- b) La declaración expresa de la existencia de una conducta de discriminación, incluso en algunos casos señalando la presencia de un patrón o de una “cultura de discriminación”, como evidenció la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*.<sup>64</sup>
- c) La declaración expresa de la violación a la prohibición de discriminar. Así lo determinó la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, al señalar que en las decisiones judiciales internas se emplearon “argumentos abstractos estereotipados y/o discriminatorios”,<sup>65</sup> violando el artículo 24 de la CADH en relación con el artículo 1.1.<sup>66</sup> De igual forma, en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* resolvió que “el Estado incumplió con el deber contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>67</sup>

Un buen ejemplo de cómo la Corte IDH amplió las categorías protegidas y estableció la violación del artículo 1.1 en relación con las mismas, es el citado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el que además se pronunció por primera vez en materia de orientación sexual.

El caso se centró en la argumentación de los fallos que le otorgaron la custodia al padre de las hijas de la Sra. Riffo, en las que se sustentó que la orientación sexual y la convivencia de ésta

---

<sup>64</sup> *Cit. supra* nota 17, párrs. 164 y 399.

<sup>65</sup> *Cit. supra* nota 60, párr. 146.

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> *Cit. supra* nota 24, punto resolutivo 8.

con su pareja producirían un daño a las niñas. En esta sentencia, la Corte IDH reflejó nuevas interpretaciones jurídicas que sientan base para el futuro análisis de casos sobre esta temática, como considerar la orientación sexual e identidad de género dentro de las categorías protegidas, de forma independiente. De esta forma, precisó:

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.<sup>68</sup>

De manera que, con base en estas aproximaciones, la Corte IDH entendió que el interés superior del niño no puede ser argumento para encubrir la discriminación por orientación sexual e identidad de género, con base en meras “especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”.<sup>69</sup> Por el contrario, el Estado debe contar con recursos para evitar la discriminación, ya que las conductas en el ejercicio de la libertad sexual constituyen un derecho protegido.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> *Cit. supra* nota 60, párr. 85.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 109.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 139.

## Discriminación indirecta

Otra nota importante es el avance en la determinación del alcance de la discriminación, directa o indirecta. La primera se dirige expresamente a establecer un trato desigual entre las personas con base en las categorías protegidas, y sin perseguir un fin legítimo, o persiguiéndolo, emplea medidas desproporcionadas para obtenerlo. En tanto, la segunda, bajo la cobertura de una práctica neutra, produce como resultado el trato desigual. Es decir, se presenta un impacto discriminatorio hacia ciertas personas, aun cuando no sea posible probar la intencionalidad de la medida.

Al respecto, la Corte IDH ha desarrollado el término de discriminación indirecta en casos como *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*,<sup>71</sup> o *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*.<sup>72</sup> En el primero, al señalar que la distinción de trato permisible entre migrantes documentados e indocumentados, o entre nacionales y migrantes, debía ser razonable y proporcional a efecto de que no redundara en discriminación.<sup>73</sup> La Corte IDH entendió que el impacto desproporcionado en políticas públicas u otras acciones, aparentemente neutrales en su formulación, podía causar discriminación indirecta.<sup>74</sup>

En el segundo caso, la Corte IDH se refirió a la discriminación indirecta bajo tres circunstancias: por discapacidad, de las parejas susceptibles de practicarse la fecundación *in vitro* [en adelante FIV]; de género, en virtud de que la prohibición de la FIV pudo generar impactos generalizados tanto en hombres como en mujeres ante la existencia de prejuicios y estereotipos en la sociedad, lo que devino en una distinción desproporciona-

<sup>71</sup> *Cit. supra* nota 24.

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, No. 257.

<sup>73</sup> *Cit. supra* nota 24, párr. 233.

<sup>74</sup> *Ibidem*, párr. 235.

da frente a otras parejas, y también con respecto a la situación económica de algunas de las víctimas ante la imposibilidad de practicarse la FIV en el extranjero.<sup>75</sup>

## La prohibición de discriminar en sentencias recientes

La Corte IDH en varias sentencias ha realizado una interpretación evolutiva de los tratados internacionales de derechos humanos y ha indicado que, en virtud de que éstos son instrumentos vivos, dicha interpretación debe considerar la evolución de los tiempos y las condiciones de vidas actuales, lo que contribuye a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>76</sup>

Una sentencia reciente con respecto al desarrollo de la aplicación del principio de no discriminación es el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*,<sup>77</sup> con relación a la adopción de la hija del Sr. Fornerón sin su consentimiento. En esta sentencia la Corte IDH aludió a los derechos de niñas y niños y analizó la discriminación en el otorgamiento de la custodia de la menor con base en ciertos estereotipos de género en la que se fundamentó la decisión nacional de la custodia. Indicó que “la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial una fundamentación para negar la paternidad”.<sup>78</sup>

La Corte Interamericana determinó que los argumentos del Estado en contra del Sr. Fornerón se soportaron en estereotipos sobre su presunta incapacidad para ejercer su paternidad de manera individual.<sup>79</sup> Al igual que en el caso *Atala Ríffo y niñas vs.*

<sup>75</sup> *Ibidem*, párrs. 285-304.

<sup>76</sup> Corte IDH. *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; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63. Párr. 193.

<sup>77</sup> Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, No. 242.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 93.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párr. 94.

Chile el test estricto de proporcionalidad en sede interna se realizó con base en argumentos estereotipados y no con argumentos técnicos e individualizados sobre la capacidad de una persona para desarrollar libremente su rol de padre.

Con respecto a los derechos sexuales y reproductivos, la Corte IDH resolvió el citado caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, relacionado con la prohibición de la FIV, lo que devino en que las parejas que en ese momento estuvieran siendo tratadas bajo esta técnica tuvieran que suspender el procedimiento o que recurrieran a otros países para implementarlo. La Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado creando nuevos precedentes en la aplicación del principio de no discriminación, especialmente sobre discriminación indirecta, como ya se mencionó.

La Corte IDH analizó la discriminación sufrida por parte de las parejas que recurrían a este tratamiento, ante su infertilidad, con respecto a las que sí podían tener hijos de manera natural. En el desarrollo de este análisis, la Corte Interamericana se vio en la tarea de establecer cuándo un embrión podría ser o no un sujeto de derecho para así, al construir el test estricto de proporcionalidad, determinar si la medida legal publicada por el Estado de prohibir la FIV era proporcional.

A efecto de emitir el fallo, la Corte Interamericana acudió a resoluciones del Tribunal Europeo, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al Derecho Comparado a nivel regional para determinar cuál era la tendencia en la regulación de la FIV. El resultado del análisis fue que ninguna legislación era tan prohibitiva.<sup>80</sup> El estudio del caso se centró en las afectaciones sufridas por las víctimas a sus distintos derechos previstos en la CADH; por ejemplo, con relación al derecho a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar, y no en la aplicación o interpretación de la ley que prohíbe la FIV. Es decir, este caso se analizó solamente a la luz del artículo 1.1 de la CADH y no del artículo 24 del mismo instrumento.

<sup>80</sup> *Cit. supra* nota 72, párrs. 62-66.

## **Desarrollo conclusivo. Las perspectivas del caso mexicano**

A partir de la inclusión de la cláusula de prohibición de discriminar en el texto constitucional el 15 de agosto de 2001, nuestro país ha entrado en una sintonía muy importante sobre el tema en relación con los avances del Derecho Internacional y del Derecho Comparado, que en pocos años ha permitido asumir en el ámbito interno las categorías analizadas en este trabajo.

En ese sentido, desde hace años se ha ido estableciendo una jurisprudencia muy clara sobre el escrutinio estricto a que deben someterse la legislación y los actos de autoridad cuando se trate de establecer un trato diferenciado con base en las categorías protegidas.<sup>81</sup> La revisión de constitucionalidad en este tipo de casos presupone una violación al artículo 1º, párrafo quinto, es decir, existe una presunción de inconstitucionalidad a menos que se acredite claramente que es justificada, persigue un fin legítimo y es proporcional en los medios que se emplean para determinar la distinción. Casos emblemáticos en su momento en relación con el test de proporcionalidad fueron los amparos resueltos con motivo de los militares portadores de VIH y dados de baja del Ejército, y por consiguiente del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.<sup>82</sup>

De igual forma, la jurisprudencia avanza sobre el empleo cada vez más frecuente de la noción de categoría sospechosa

<sup>81</sup> Véase la Tesis 1ª CXXXIII/2004, de 29 de septiembre de 2004, publicada en el Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)". Amparo en Revisión 988/2004, 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalía Rodríguez Mireles.

<sup>82</sup> Un ejemplo modélico al respecto es el Amparo en Revisión 1659/2006, resuelto por el Pleno de la scjn el 27 de febrero de 2007.

en algunas resoluciones,<sup>83</sup> así como dilucidar el cometido de su identificación en la resolución constitucional de casos sobre igualdad y prohibición de discriminar. En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, que determinó la constitucionalidad de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, relativos respectivamente al matrimonio igualitario y a la adopción de niñas, niños y adolescentes en familias homoparentales, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea señaló en su voto concurrente que el empleo de las categorías sospechosas no se encuentra prohibido por la Constitución, por lo que es necesario un análisis riguroso de constitucionalidad para determinar que éstas no conducen a una discriminación.<sup>84</sup>

Dos casos recientes resueltos por la Primera Sala de la SCJN pueden ser ilustrativos de esta apropiación de las coordenadas del derecho antidiscriminatorio que hemos señalado en este trabajo. Uno de ellos es el Juicio de Amparo en Revisión 581/2012, resuelto el 5 de diciembre de 2012, sobre el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de Oaxaca, y que se sumó a un paquete de amparos sobre el tema.<sup>85</sup> El otro caso es el Juicio de Amparo en Revisión 159/2013, resuelto el 16 de octubre de 2013, sobre la discriminación de una persona con discapacidad a través de la figura de la interdicción, prevista en el Código Civil del Distrito Federal. Ambos casos tienen como común denominador importante haber sido resueltos mediante

<sup>83</sup> Véase por ejemplo los juicios de amparo en revisión 457/2012, 567/2012, 581/2012, resueltos por la Primera Sala de la SCJN el 5 de diciembre de 2012.

<sup>84</sup> Voto concurrente que formula el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República, p. 148 [en línea]. <[http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)> [Consulta: 3 de diciembre de 2013].

<sup>85</sup> *Cit. supra* nota 83. Otro de los asuntos resueltos en este tenor es el Juicio de Amparo en Revisión 457/2012. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaráz. Primera Sala. Fecha: 5 de diciembre de 2012. Oaxaca. [en línea] <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/oaxaca-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-amparo-en-revision-4572012>> [Consulta: 27 de diciembre de 2013].

la aplicación de la interpretación conforme, como el principio constitucional para atender las normas sobre derechos humanos en relación con la Constitución y los tratados internacionales previsto en artículo 1º, segundo párrafo de la CPEUM.

En el primer asunto, la SCJN consideró que para arribar a una resolución acorde con el principio de igualdad era necesario:

1. Determinar “la intensidad” con la que debía hacerse la evaluación de la medida legal que impedía el acceso al matrimonio de personas del mismo sexo.<sup>86</sup> Para esto la SCJN consideró que el escrutinio debía ser estricto porque la medida restrictiva se encontraba vinculada a una de las categorías sospechosas previstas en el artículo 1º, quinto párrafo de la CPEUM, en este caso, la preferencia sexual.
2. Para realizar el escrutinio estricto sobre una categoría sospechosa, la Primera Sala de la SCJN evaluó si la medida legislativa, que hacía distinciones al excluir a las parejas homosexuales de la institución matrimonial, cumplía con una “finalidad imperiosa”, y no solamente con una finalidad “constitucionalmente admisible,” como es el caso del escrutinio ordinario,<sup>87</sup> y que además estaba vinculada estrechamente con esa finalidad imperiosa.
3. Al realizar este contraste, la SCJN encontró que el artículo 4º de la CPEUM establece un mandato de proteger a la familia,<sup>88</sup> pero no exclusivamente al matrimonio heterosexual que tenga como fin la procreación, como establece la norma objeto de la impugnación, sino a la familia como realidad social.<sup>89</sup> De manera que “la distinción que realiza el artículo 143 del Código Civil del Estado

<sup>86</sup> A saber, el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca establece: “El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”.

<sup>87</sup> Juicio de Amparo en Revisión 581/2012. *Cit. supra* nota 85. Considerando Octavo. Estudio de los agravios sobre la cuestión de fondo, pág. 34.

<sup>88</sup> Establece en el primer párrafo: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

<sup>89</sup> Juicio de Amparo en Revisión 581/2012. *Cit. supra* nota 85, pág. 37.

- de Oaxaca con apoyo en la categoría sospechosa de las preferencias sexuales no está directamente conectada con el mandato constitucional de protección de la familia”.<sup>90</sup>
4. Por el contrario, la SCJN estimó que la restricción de la legislación local no sólo no se encuentra conectada con la finalidad imperiosa de la protección de la familia, sino que se funda en los “severos prejuicios” en contra de las personas homosexuales y la discriminación.<sup>91</sup>
  5. Como ya hemos señalado, otro punto importante es que, si bien la SCJN declaró inconstitucional la porción normativa que establece como fin del matrimonio “perpetuar la especie”, realizó una interpretación conforme con respecto a la correcta interpretación del artículo 4º de la Constitución, a efecto de entender que el matrimonio, como la “unión de un hombre y una mujer”, debe referirse a la unión de “dos personas”. Esta interpretación conforme toma en consideración los criterios emitidos por la SCJN sobre el alcance del artículo 4º de la CPEUM; muy especialmente las consideraciones vertidas en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, así como en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los organismos a cargo de su interpretación, particularmente el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.<sup>92</sup>

Por su parte, en el Juicio de Amparo en Revisión 159/2013, la Primera Sala analizó la discapacidad a la luz de los criterios que ya ha expresado en relación con la igualdad y la prohibición de discriminar, entre los que destacan:

1. En un modelo social en relación con la discapacidad no sólo es necesario reconocer el ámbito de la diversidad que acompaña la presencia social de las personas con dis-

<sup>90</sup> *Idem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>92</sup> *Cit. supra* nota 60.

capacidad, sino especialmente la necesidad de establecer condiciones efectivas de igualdad, a efecto de remontar situaciones neutras que devienen en una discriminación de hecho, por lo que hizo una aproximación muy importante a las situaciones de discriminación indirecta.

2. La SCJN entendió que para remontar esta situación, resulta necesaria la implementación de medidas positivas y no sólo la abstención en discriminar.<sup>93</sup>
3. Como resultado del amparo, la SCJN no declaró inconstitucionales las disposiciones que prevén la figura de la interdicción en el Código Civil del Distrito Federal, sino que, con fundamento en el artículo 1º, segundo párrafo de la CPEUM, realizó una interpretación conforme con la Constitución y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad,<sup>94</sup> para que se ajustara al parámetro de control de la regularidad constitucional (el llamado bloque de constitucionalidad). Así, la Suprema Corte resolvió que las disposiciones que regulan esta figura no resultan inconstitucionales si se interpretan de conformidad con este marco constitucional que instituyen el modelo social relativo a las personas con discapacidad.<sup>95</sup>

Es muy importante esta resolución porque, además, es un ejemplo de cómo una institución jurídica puede ser compatible con la CPEUM y los tratados internacionales si es interpretada de conformidad con este marco normativo, a efecto de mantener su constitucionalidad.

<sup>93</sup> SCJN. Amparo en Revisión 159/2013. 16 de octubre de 2013. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular; Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservó su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. VII. Estudio de fondo, pág. 28.

<sup>94</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Nueva York.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 49.

Sin embargo, quizás faltó argumentar qué bondades tendría la institución de la interdicción, que presenta una racionalidad poco convincente a estas alturas del desarrollo jurídico. Porque la interpretación conforme requiere una base mínima de compatibilidad constitucional/convencional *ex ante* de las normas que permita ajustarlas al parámetro de control de la regularidad constitucional; de lo contrario, ante una incompatibilidad manifiesta, el resultado del ejercicio interpretativo debe ser necesariamente la inaplicación o la declaración de inconstitucionalidad. Nos parece que ante esta falta de mayor claridad, fue que algunos sectores, especialmente organizaciones de la sociedad civil, no estuvieron de acuerdo con la resolución; incluso el ministro José Ramón Cossío argumentó su desacuerdo con este aspecto como una de las razones para votar en contra del proyecto.<sup>96</sup>

La práctica mexicana ha ido madurando su aproximación a los contenidos contemporáneos del derecho antidiscriminatorio. Como la propia SCJN lo ha señalado, se está construyendo una teoría constitucional de la igualdad y no discriminación,<sup>97</sup> en donde tienen un soporte muy importante los principios aquí consignados. El test para establecer el escrutinio estricto en los casos en los que se encuentran comprometidas categorías protegidas es un avance muy importante, lo mismo que en lo relacionado con los estándares sobre discriminación indirecta o el test para determinar modelos inclusivos, como ha sido en el caso de la discapacidad. Vale la pena advertir que algunas de las disposiciones del Derecho Internacional analizadas, especialmente los

<sup>96</sup> SCJN. Postura del Ministro José Ramón Cossío Díaz. Amparo en Revisión 159/2013. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González [en línea]. <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not161013.pdf>> [Consulta: 8 de enero de 2014]. Entre otras cuestiones, el ministro Cossío Díaz afirmó: “Si se hace el contraste de los artículos impugnados con el párrafo segundo del artículo 12 de la Convención (de los Derechos de las Personas con Discapacidad) que establece, entre otras cuestiones, que los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, no es posible forzar la constitucionalidad de los mismos y menos aún de la institución en su totalidad”.

<sup>97</sup> Juicio de Amparo en Revisión 581/2012, *cit. supra* nota 85, pág. 35.

artículos 1.1 y 24 de la CADH y su interpretación, no son únicamente estándares internacionales de obligada atención, sino que forman parte del orden constitucional mexicano en atención al artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución y deben ser referentes de la remisión interpretativa de todas las normas nacionales en la materia.

## Bibliografía

### A) Autor:

1. Caballero, José Luis (2004). *La igualdad en ciernes. La prohibición de discriminar en cartas fundamentales europeas*. México, Porrúa/Universidad Iberoamericana.
2. Carmona Cuenca, Encarna (2009). “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”. En *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, compilado por García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
3. Courtis, Christian (2008). *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*. Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Los Derechos Humanos desde la dimensión de la pobreza. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
4. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María (2012). *La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Una fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano*. Estudios constitucionales, año 10, número 2, Santiago, Universidad de Talca.
5. García Roca, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Pamplona, Civitas.
6. García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (2009). *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
7. Gerards, Janneke (2007). “Chapter one. Discrimination grounds”. En *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, compilado por Dagmar, Schiek; Waddington, Lisa; Bell, Mark *et al.* Oxford/Portland, Hart Publishing.

8. Jacobs y White (2006). “The European Convention on Human Rights”. En *La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)*, compilado por Carmona Cuenca, Encarna. 4a ed., Oxford, Oxford University Press.
9. Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola (2012). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México, IJ-UNAM.
10. Ripol Carulla, Santiago (2007). *El sistema europeo de protección a los derechos humanos y el derecho español*. Barcelona, Atelier.
11. Saba, Roberto (2005). “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005.

## B) Tratados internacionales

1. Consejo de Europa (1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo [en línea]. <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)> [Consulta: 8 de enero de 2014].
2. Consejo de Europa (1961). *Carta Social Europea*. Turín. Consejo de Europa, Estrasburgo.
3. Consejo de Europa (2000). Protocolo No. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Entró en vigor el 1 de abril de 2005 [en línea]. <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)> [Consulta: 24 de octubre de 2013].
4. Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Nueva York [en línea]. <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>> [Consulta: 8 de enero de 2014].
5. Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pac-

- to de San José”. San José, Costa Rica. 22 de noviembre de 1969. Adhesión por México el 24 de marzo de 1981. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981 [en línea]. <[http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=1278&-depositario=0&PHPSESSID=7d6c885433f25c-37b4754ad512707566](http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=1278&-depositario=0&PHPSESSID=7d6c885433f25c-37b4754ad512707566)> [Consulta: 27 de octubre de 2013].
6. Organización de los Estados Americanos (OEA) (2013). Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. La Antigua, Guatemala [en línea]. <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo\\_discriminacion\\_intolerancia\\_convencion\\_A68.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo_discriminacion_intolerancia_convencion_A68.asp)> (Consulta: 8 de enero de 2014).
  7. Organización de los Estados Americanos (OEA) (2013). Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. La Antigua, Guatemala [en línea]. <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo\\_discriminacion\\_intolerancia.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo_discriminacion_intolerancia.asp)> [Consulta: 1 de noviembre de 2013].
  8. Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa. Adoptado el 18 de junio de 2004 por los Jefes de Estado o de Gobierno de los entonces 25 miembros de la UE. Fue firmado en Roma el 29 de octubre de ese año para su aprobación –parlamentaria o vía referéndum– y posterior ratificación por los países miembros de la Unión. No entró en vigor.
  9. Unión Europea (UE) (2007). Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Lisboa [en línea]. <<http://www.consilium.europa.eu/documents/treaty-of-lisbon?lang=es>>. [Consulta: 24 de octubre de 2013].

### **C) Casos nacionales**

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Acción de Inconstitucionalidad A.I. 2/2010. Procurador General de la República. 16 de agosto de 2010. Mayoría de 9 votos. REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 146 Y 391 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. REFORMAS QUE FACULTAN EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y SU DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MENORES EN EL D. F.
2. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Amparo directo en revisión 2044/2008. 17 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: Min. José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez y Roberto Lara Chagoyán. DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA. 9ª Época. 1ª Sala. *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XXX; Diciembre de 2009.
3. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Amparo en revisión 159/2013. 16 de octubre de 2013. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular; Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservó su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.
4. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Amparo en revisión 2199/2009. Tesis 1ª CIV/2010. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXII, Septiembre de 2010. 9ª Época. Pág. 183. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.

5. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Juicio de Amparo en Revisión 1659/2006. Ministro Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Resuelto por el Pleno de la scjn el 27 de febrero de 2007 [en línea]. <[https://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Inf%20Otorgada%20Jur/2007/38\\_1659.pdf](https://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Inf%20Otorgada%20Jur/2007/38_1659.pdf)> [Consulta: 8 de enero de 2014].
6. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Juicio de Amparo en Revisión 567/2012. Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez. 5 de diciembre de 2012. [en línea]. <[http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/12005670.002-1310.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/12005670.002-1310.pdf)> [Consulta: 8 de enero de 2014].
7. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Juicio de Amparo en Revisión 581/2012. Recurrentes principales: Presidente de la Junta de Coordinación Política de la sexagésima primera legislatura constitucional del Congreso del Estado de Oaxaca y otras quejas y recurrentes adhesivos. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Asesor: Antonio Rodrigo Mortera Díaz. 5 de diciembre de 2012. [en línea]. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>> [Consulta: 8 de enero de 2014].
8. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Juicio de Amparo en Revisión 988/2004, 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalía Rodríguez Mireles.
9. Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn). Postura del Ministro José Ramón Cossío Díaz. Amparo en Revisión 159/2013. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González [en línea]. <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not161013.pdf>> [Consulta: 8 de enero de 2014].

10. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Tesis 1<sup>a</sup> CXXXIII/2004, de 29 de septiembre de 2004, publicada en el *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XX: “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”.
11. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Voto concurrente que formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República, p. IX [en línea]. <[http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010\\_0.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf)> [Consulta: 3 de diciembre de 2013].

#### **D) Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe de Fondo No. 64/12. Caso No. 12. 271. *Benito Tide Méndez y otros. República Dominicana*. 29 de marzo de 2012, párr. 2.

#### **E) Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, No. 257.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, No. 239.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas 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.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, No. 242.
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *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.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Domini-*

*cana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 149. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

## **F) Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *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.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *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.

## **G) Casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Aplicación No. 28957/95. Sentencia de 11 de julio de 2002 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>> [Consulta: 6 de octubre de 2013].
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*. Aplicación No.

- 7525/76. Sentencia de 22 de octubre de 1981 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>> [Consulta: 10 de enero de 2014].
3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Karner v. Austria*. Aplicación No. 40016/98. Sentencia de 24 de julio de 2003 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263>> [Consulta: 10 de enero de 2014].
  4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*. Aplicación No. 31417/96 y 32377/96. Sentencia de 27 de diciembre de 1999 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407>> [Consulta: 10 de enero de 2014].
  5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Rees v. the United Kingdom*. Aplicación No. 9532/81. Sentencia de 17 de octubre de 1986 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>> [Consulta: 6 de octubre de 2013].
  6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Aplicación No. 33290/96. Sentencia de 21 de marzo de 2000 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404>> [Consulta: 10 de enero de 2014].
  7. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Schalk and Kopf v. Austria*. Aplicación No. 30141/04. Sentencia de 24 de junio de 2010 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>> [Consulta: 24 de octubre de 2013].
  8. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Case of Smith and Grady v. the United Kingdom*. Aplicación No. 33985/96 y 33986/96. Sentencia de 27 de diciembre de 1999 [en línea]. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58408>> [Consulta: 10 de enero de 2014].