

Observatorio de Jurisprudencia
Interamericana

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN 2014 -2015

Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano
Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM



Diálogo
Jurisprudencial
Iberoamericano



TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|----|
| PRESENTACIÓN | 3 |
| RESEÑA JURISPRUDENCIA PERÍODO 2014-2015 | 4 |
| ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA PERÍODO 2014-2015 | 10 |
| 1. Aspectos generales del principio de igualdad y no discriminación | 10 |
| 1.1 Discriminación estructural, múltiple e interseccional | 11 |
| 1.2 Ampliación de las categorías sospechosas | 15 |
| 2. La utilización de estereotipos como forma de discriminación | 21 |
| 2.1 Falta de investigación con perspectiva de género y aplicación de estereotipos de género | 22 |
| 2.2 Aplicación de estereotipos en las resoluciones judiciales | 25 |
| 3. Grupos en situación de discriminación | 26 |
| 3.1 Niños/as con VIH | 26 |
| 3.2 Inmigrantes | 29 |
| 4. Medidas para erradicar la discriminación y mecanismos de garantía | 33 |
| 4.1 Medidas de debida diligencia | 34 |
| 4.2 Adopción de políticas públicas y programas institucionales que buscan eliminar estereotipos discriminatorios | 35 |



PRESENTACIÓN

El presente informe de jurisprudencia es el resultado del trabajo de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano¹ (FDJI) con el apoyo del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (OSIDH)². Este boletín tiene como objetivo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) de los años 2014 y 2016, con respecto al principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), buscando determinar si lo fallado por la Corte IDH en el período representa un avance o un retroceso en el tema, además de señalar los desafíos que representa hacia el futuro el respeto y goce efectivo de los derechos humanos establecidos en la CADH. Con la finalidad de ilustrar de una manera más clara la evolución de la jurisprudencia interamericana, en aquellas materias donde ha existido ampliación de criterios y/o avances jurisprudenciales, acompañamos esquemas que reflejan los principales hitos en la jurisprudencia.

En este Boletín se revisan los principales desarrollos en la temática de igualdad y no discriminación en este periodo. Se tratan temas como igualdad estructural, múltiple e interseccional, nuevos avances conceptuales en la materia desarrollados *in extenso* por primera vez por la Corte Interamericana; se revisan los estándares desarrollados en materia de utilización de estereotipos en la resolución de casos vinculados con temas de género e indígenas; la situación de discriminación estructural de niños y niñas con VIH/SIDA y migrantes; asimismo, se abordan el tema de las medidas eficaces que debe adoptar el Estado en estas materias.

El presente boletín comienza con la reseña de los casos relevantes del período 2014 y 2015 para efectos del análisis de la igualdad y no discriminación. Posteriormente se ha dividido el análisis en distintos temas.

Esperamos que este boletín sea una contribución para toda Latinoamérica, en cuanto a la actualización de los estándares establecidos por la Corte IDH, y que se transforme en un aliciente en la discusión sobre cómo ejercemos una protección más efectiva de los derechos humanos.



Diálogo
Jurisprudencial
Iberoamericano



1 www.dialogojurisprudencial.org

2 <http://www.osidh.org>

Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014

Los hechos ocurren en un contexto consistente en el aumento de la violencia homicida contra mujeres. El año 2001, se apreciaba en Guatemala un alto índice de impunidad con respecto a los homicidios por razón de género, a pesar de ciertas medidas adoptadas por el Estado. El 17 de diciembre de 2001, Rosa Elvira Franco denunció la desaparición de su hija de 15 años, María Isabel, quien el día anterior había ido a trabajar y no había regresado. Los funcionarios estatales no realizaron acciones de búsqueda de la menor. Al día siguiente apareció un cadáver, el cual fue reconocido por Rosa como su hija. Se estableció que la causa de muerte fue por trauma de cráneo producido por arma blanca. Debido a un conflicto de competencia se retrasó el comienzo de la investigación, y no se aplicó una medida cautelar al sospechoso, lo que trajo como consecuencia que no fuese posible encontrarlo posteriormente. Además, la investigación realizada a partir de ese momento tuvo una serie de deficiencias, tales como falta de aseguramiento del lugar en donde se encontró el cadáver, falta de rigurosidad en la recolección de evidencia y el manejo de la cadena de custodia, entre otras. Asimismo, las autoridades no recabaron –o lo hicieron tardíamente- pruebas para determinar la ocurrencia de violencia sexual, justificando esto en la ausencia de legislación y protocolos adecuados que establecieran el procedimiento correcto en casos de violencia contra la mujer. En algunos informes de investigación se hizo referencia a cómo iba vestida María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias y a la supuesta falta de cuidado por parte de la familia. Hasta el momento de la sentencia, la investigación permanecía abierta.

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

A inicios de la década del 2000, en el sur de Chile existía una situación social de numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros y organizaciones del pueblo indígena Mapuche, con el objetivo de que sus reivindicaciones fueran atendidas y solucionadas, especialmente aquellas referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales, y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales. Las víctimas en este caso eran autoridades tradicionales del pueblo indígena Mapuche (tres personas), cuatro eran miembros del pueblo Mapuche y la señora Patricia Troncoso era activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo. Los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao eran Lonkos y el señor Ancalaf Llaupe era Werkén, autoridades tradicionales electas del pueblo Mapuche. Contra ellas se abrieron procesos penales por hechos ocurridos entre los años 2001 y 2002, siendo condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la ley 18.314. Dichos procedimientos fueron llevados a cabo, la mayoría, por el nuevo Código Procesal Penal; sin embargo, el procedimiento contra Ancalaf Llaupe se desarrolló conforme al antiguo Código de Procedimiento Penal, debido a que en dicho lugar aún no entraba en vigencia el posterior. En todos los casos se dictó la medida cautelar de prisión preventiva. Además, todos fueron condenados por conductas terroristas, sea por amenaza de incendio terrorista o por el delito terrorista de incendio, además de la quema de un camión. Las partes alegaron constantes vulneraciones a la libertad personal, al debido proceso y principio de legalidad, debido a las peculiaridades de la ley antiterrorista, la cual presumía (antes de su modificación el año 2010) la finalidad de producir temor en la población general, además de la utilización del secreto y la reserva de la identidad de testigos en la investigación, por el Ministerio Público.

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

A la época de los hechos en República Dominicana, tanto la población haitiana como aquellas nacidas en territorio dominicano, pero de ascendencia haitiana, se encontraban comúnmente en situación de pobreza y sufrían con frecuencia tratos peyorativos y discriminatorios, incluso por parte de autoridades, teniendo dificultades para obtener documentos de identificación. Desde 1990 hasta el 2000, existió un patrón sistemático de expulsiones mediante actos colectivos o procedimientos que no incluían un análisis individual de cada caso, sino que respondían a prácticas discriminatorias. Las familias víctimas en este caso son la familia Medina, Fils-Aimé, Gelin, Sensión, Jean y el señor Rafaelito Pérez Charles, quien a pesar de haber nacido en República Dominicana y tener cédula de identidad dominicana, fue detenido y expulsado a territorio haitiano. Los miembros de las familias afectadas, que incluían a menores de edad nacidos en territorio dominicano, fueron detenidos y expulsados a Haití; no los dejaron presentar sus documentos y en varios casos, además, sufrieron la destrucción de dichos documentos personales. Algunos de los menores fueron separados de sus padres, e incluso a los menores de la familia Medina les fueron suspendidas las actas de registro de su nacimiento.

Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014

En el año 1980 se iniciaron procesos internos contra veinte oficiales militares argentinos por el delito de fraude militar, según las disposiciones del Código de Justicia Militar de Argentina. Durante aproximadamente siete años, 18 de las víctimas fueron mantenidas en prisión preventiva. El año 1989, los veinte acusados fueron condenados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Ante esto, presentaron recursos ante la jurisdicción ordinaria. El año 1995, luego de varios recursos interpuestos y un incidente de conflicto de competencia, fueron juzgados por la Cámara Nacional de Casación Penal, la que en marzo de dicho año rechazó los argumentos de prescripción y de inconstitucionalidad, y las solicitudes de amnistía por la ley de Pacificación Nacional (Ley No. 22.924) y de Obediencia Debida (Ley No. 23.521), declaró la nulidad parcial de la acusación de asociación ilícita planteada por el Fiscal General de las Fuerzas Armadas, redujo las penas impuestas a 19 condenados y absolvió al señor Ambrosio Marcial. Luego, se presentaron recursos extraordinarios y de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fueron rechazados por falta de fundamento autónomo.

Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014

Los hechos del presente caso se enmarcan dentro del conflicto vivido en Perú entre los años 1980 y 2000, entre los grupos armados insurgentes y agentes de las fuerzas policiales y militares. Dicho conflicto se agudizó, conformándose prácticas sistemáticas de violaciones a los derechos humanos, entre las cuales se encontraban desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados insurgentes, llevadas a cabo por agentes estatales por órdenes de jefes militares y superiores. Hubo también prácticas generalizadas de violencia sexual, que afectaron mayoritariamente a las mujeres, lo que se enmarcó en un contexto más amplio de discriminación contra la mujer. Además, contaban con una legislación antiterrorista que, adoptada en 1992, institucionalizó las prácticas mencionadas anteriormente y la impunidad para las fuerzas de seguridad, y tipificaba los delitos de terrorismo y traición a la patria. En dicho contexto, Gladys Espinoza González fue detenida junto a su pareja Rafael Salgado, el 17 de abril de 1993 en Lima, por la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) de la Policía Nacional de Perú, como sospechosa del secuestro de un empresario. Gladys había sido sometida a abuso sexual y maltratos físicos, certificándose por el médico legista la presencia de hematomas y lesiones en diversas partes del cuerpo. El 25 de junio de 1993 el Juez Instructor Militar Especial condenó a Gladys por el delito de traición a la patria, resolución que fue declarada nula en febrero de 2003 por la Corte Suprema. El 1 de marzo de 2004 la Sala Nacional de Terrorismo condenó a Gladys por delito contra la Tranquilidad Pública-Terrorismo, y se le impuso posteriormente una pena privativa de libertad de 25 años. En las diversas oportunidades, Gladys declaró haber sido víctima de tortura, violación y otras formas de violencia sexual durante su detención. A pesar de que se denunció desde 1993, no hubo investigación con respecto a esos hechos. Recién en el año 2011, y ante el informe de admisibilidad de la Comisión IDH del presente

caso, se puso en marcha el procedimiento y en mayo del 2014, el Primer Juzgado Penal Nacional ejerció la acción penal contra varias personas por los delitos de secuestro, violación sexual y tortura.

Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015

Luego del golpe de Estado ocurrido en abril de 2002, y producto de la tensión y polarización política, se vivía un ambiente de intimidación de las autoridades estatales en contra de medios de comunicación independientes, que tendía además al descrédito profesional de los periodistas. El Estado había renovado la concesión a RCTV por el Decreto 1577 de 1987, que le permitía operar como estación de televisión abierta y utilizar el espectro radioeléctrico por veinte años, hasta el año 2007. En el contexto anterior, se realizan diversas declaraciones por parte de autoridades estatales señalando que no se renovarían las concesiones a ciertos medios privados de comunicación, y el 24 de enero de 2007 a RCTV le fue comunicada la decisión de no renovar la concesión. El año 2002, RCTV de acuerdo a la nueva ley (2000) orgánica de telecomunicaciones, solicitó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la transformación de la cadena al nuevo régimen jurídico, CONATEL no consideró la solicitud sino hasta dos años después, y rechazó dicha solicitud. El año 2007, el Tribunal Supremo de Justicia dicta medidas que otorgaban a CONATEL el derecho de uso de los bienes de RCTV, dejando de transmitir el 28 de mayo del mismo año. Con anterioridad y posterioridad al cierre, RCTV presentó varios recursos judiciales, acción de amparo constitucional, recurso contencioso administrativo de nulidad (presentado el 2007 y sin sentencia aún), medidas cautelares innominadas, y oposición a las medidas cautelares decretadas por el TSJ. Además, se interpusieron acciones penales que fueron desestimadas.

Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015

El 20 de junio de 1998 Talía, de tres años de edad, es internada en la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo en Cuenca, debido a una hemorragia nasal. En dicho lugar se le diagnostica con púrpura trombocitopénica por un médico de la Cruz Roja, por lo cual necesitaba urgentemente transfusiones de sangre y de plaquetas. La madre de Talía, Teresa Lluy, acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja (que debido a la legislación era la encargada de administrarlo), lugar en que le indicaron que debía llevar donantes. Teresa solicitó a conocidos ir a donar, entre los cuales se encontraba HSA, quien realizó una donación el 22 de junio. Ese mismo día se realizaron donaciones a Talía. El 23 de junio se efectuaron análisis a la sangre donada, incluyendo VIH. El 29 de junio Talía es dada de alta. Posteriormente se le realizaron exámenes de VIH, resultando positivo, debido a que el donante HSA portaba el virus. Producto de ello Teresa Lluy presentó recursos en sede civil y penal. Debido a que Talía era portadora de VIH, las autoridades del colegio al que ingresó no le permitieron seguir estudiando. Teresa interpuso un recurso de amparo constitucional, el que fue rechazado por la existencia de un conflicto de intereses con la comunidad estudiantil. Además, la familia sufrió una serie de discriminaciones, incluyendo impedimentos para tener una vivienda propia, debiendo mudarse constantemente.

Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015

El 17 de octubre del año 2000, la Policía Nacional Civil procedió al arresto de los supuestos partícipes del secuestro de Jaime Ernesto Rodríguez Marroquín, en el llamado "Operativo Guaza". Durante la detención del señor José Agapito Ruano Torres, los agentes policiales lo golpearon, lo arrastraron, lo golpearon con el tacón de la bota hasta desangrarle el pulgar del pie derecho, lo amenazaron de muerte, le colocaron una soga al cuello hasta el punto de la asfixia y le restregaron la cara cerca de un montículo de estiércol. Posterior a ello, se realizó una denuncia por los abusos cometidos al momento de la detención. El 20 de octubre se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se determinó la detención provisional de los presuntos participantes en el secuestro. El Juzgado que estaba conociendo de la causa se negó a recibir pruebas que demostraban que Ruano Torres no había participado en el secuestro; en enero del 2011 se realizó el reconocimiento por el secuestrado de los imputados en una rueda de personas, en la cual reconoció a Ruano Torres. El 7 de diciembre del 2000, Ruano Torres presentó una acción de habeas corpus ante la Corte Suprema, la que fue rechazada.

Posteriormente, se presentaron escritos de Ruano Torres alegando contra su defensa por no haber sido adecuada y haberlo perjudicado en el procedimiento. En octubre del 2001 se dicta sentencia condenatoria. Después se presentaron una serie de denuncias ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y el Jefe del Departamento de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, contra los tribunales que habían participado en el proceso penal. El primer organismo señaló la necesidad de revisar la sentencia condenatoria; el segundo, declaró inadmisibles las denuncias. El año 2003 se interpusieron nuevos recursos de revisión, los que fueron declarados inadmisibles. El año 2014 se confirmó nuevamente la sentencia condenatoria. El 26 de junio de 2015, Ruano Torres ya había cumplido su sentencia. El Estado de El Salvador realizó un reconocimiento de responsabilidad en este caso por vulneración de su libertad e integridad personal y de su derecho a defensa.

Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015

Los hechos del caso ocurren en el contexto del golpe de Estado en contra del Presidente José Manuel Zelaya Rosales ocurrido en el año 2009. El 28 de junio de dicho año, miembros del Ejército privaron de libertad al Presidente Zelaya, lo condujeron a una base aérea y lo trasladaron a Costa Rica; ese mismo día en el Congreso Nacional se dio lectura a una supuesta carta de renuncia del Presidente Zelaya y se nombró al Presidente del Congreso como Presidente Constitucional, señalando la Corte Suprema de Justicia que estos hechos correspondían a una sucesión constitucional. Por la OEA fueron calificados como golpe de Estado, suspendiendo la participación de Honduras de la Asamblea General de la OEA en virtud del artículo 21 de la Carta. Tras estos hechos, los jueces Adán López Lone, Luis Chévez de la Rocha, Ramón Barrios y la magistrada Tirza del Carmen Flores, realizaron diversos actos a favor de la democracia y el Estado de Derecho, y contrarios al golpe de Estado. Esto produjo que se les aplicaran procedimientos disciplinarios y que fueran destituidos de sus cargos por la Corte Suprema por haber participado en manifestaciones políticas, por haber presentado denuncias ante la Fiscalía General contra personas que habían participado en el golpe de Estado, y por cuestionar las acciones de la policía en una manifestación contra el golpe de Estado, entre otros. Luego de la realización de reclamos en contra la destitución, sólo fue aceptada la del señor Barrios Maldonado, manteniéndose en el cargo de Juez de Sentencia.

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015

En 1993 el Estado otorgó a la Comunidad Garífuna de Punta Piedra un título de propiedad sobre un territorio de 800 hectáreas (ha) aproximadamente, dicha comunidad solicitó posteriormente la ampliación de dicho territorio a 3000 ha, siendo demarcadas 1513, excluyendo 46 ha de personas que poseían un título en la zona. En 2001, y producto de reclamos de ocupación por parte de terceros, se firma un acta de compromiso entre los pobladores de Río Miel, la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y el Estado, para sanear el territorio titulado y evitar conflictos entre los diferentes actores. Dicho acuerdo no fue cumplido por parte del Estado, pues no realizó su obligación particular de saneamiento a través del pago de las mejoras introducidas por los pobladores de Río Miel ni los reubicó. Por otro lado, Félix Ordóñez, miembro de la Comunidad de Punta Piedra interpuso una denuncia en contra de Luis Portillo (miembro de la aldea Río Miel), por usurpación de tierras ubicadas dentro de las tierras de la comunidad. Posteriormente, Félix Ordóñez muere el 11 de junio de 2007 por el impacto de tres proyectiles de bala, iniciándose una investigación para aclarar los hechos y sancionar a los responsables. En abril del año 2010 se interpusieron tres denuncias por parte de la Comunidad de Punta Piedra por usurpación, amenazas de muerte y abuso de autoridad. El 4 de diciembre de 2014, como hecho superviviente, se obtiene una concesión para la exploración minera por parte de la Corporación Minera Caxina S.A., por diez años.

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015

El Estado desde el año 1950 empezó a entregar títulos de propiedad sobre la tierra, en favor de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, siendo efectuadas por la comunidad diversas solicitudes de dominio en los años 1946, 1969, 1997, 1998 y 2001, contando actualmente con 615 ha, de las cuales 28,71 centiáreas han sido otorgadas en dominio pleno, y 128,40 en calidad de garantía de ocupación. Los problemas que ha tenido

la comunidad se refieren a la afectación del territorio comprendido como tradicional por la comunidad y reconocido como tal por el Estado, en particular por: la ampliación del radio urbano del Municipio de Tela, la venta, entre los años 1993 y 1995, de parte del territorio a una empresa privada y terceros para la ejecución de un proyecto turístico; al traspaso, en el año 1997, de parte del territorio por parte del Municipio al Sindicato de Empleados y Trabajadores de dicha municipalidad; la creación de un Parque Nacional en el territorio de la comunidad, y; finalmente, el desarrollo de diversos proyectos turísticos en el área de la Comunidad reconocida por el Estado. Se iniciaron a su vez, varios procesos judiciales y administrativos interpuestos por la Comunidad con respecto a los procesos de titulación de tierras y otros procedimientos relacionados, así como por amenazas contra miembros de la Comunidad y la muerte de cuatro de ellos.

Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015

En Guatemala, se apreció un aumento sostenible de violencia homicida contra las mujeres entre los años 2004 y 2005. Dicho contexto era conocido por el Estado, y a pesar de ello, muchos de los casos quedaban en la impunidad. Los funcionarios a cargo de las investigaciones muchas veces las realizaron basándose en estereotipos de género, considerando la ropa que llevaban las víctimas y culpabilizándolas por su estilo de vida. El 12 de agosto del 2005, Claudina Paiz de 19 años y estudiante de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, salió temprano de su casa junto a su hermano, rumbo a su lugar de estudios, e informando por la noche a sus familiares que se encontraba en una fiesta. Cerca de las 2:00 am los padres son informados de que su hija podría estar en peligro. Ante ello, informaron a la Policía Nacional Civil, quienes señalaron que debido al tiempo transcurrido no podían realizar más acciones que patrullar. Los familiares iniciaron una búsqueda por su cuenta, dirigiéndose nuevamente a la Policía a las 8:30 am, momento en que realizaron la denuncia por desaparición. Cerca de las 5:00 am, el Cuerpo Voluntario de Bomberos de Guatemala recibió una llamada anónima debido al hallazgo de un cuerpo. Los padres de Claudina se enteraron de dicho hallazgo por un familiar, y se dirigieron a la morgue, lugar en que reconocieron el cuerpo de su hija. Los operadores de justicia no tomaron las huellas dactilares de la víctima en dicho momento, interrumpiendo el velatorio de ella para realizar dicha operación, a pesar de la oposición de su familia. No consta que se haya realizado actividad alguna de investigación antes del hallazgo del cuerpo de la víctima. El Estado, si bien no realizó un reconocimiento de responsabilidad, durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión aceptó que algunas acciones llevadas a cabo por las personas auxiliares de la administración de justicia debieron ser sancionadas.

Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016

El señor Duque convivía con su pareja del mismo sexo, hasta que este último falleció a consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) el 15 de septiembre del año 2001. Debido al fallecimiento, en marzo del año 2002, el señor Duque solicitó a la Compañía de Fondos de Pensiones que le indicaran los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. Un mes después, la compañía le responde que no cumple los requisitos para obtener dicha pensión debido a la normativa vigente ya que esta no contemplaba a las parejas permanentes del mismo sexo. Ante esto, el señor Duque interpone una acción de tutela, la cual es denegada por el Tribunal debido a que para resolver el asunto no cabía acción de tutela, debido a que el problema era de orden legal, teniendo que interponer una acción ordinaria. A partir del año 2007 la Corte Constitucional de Colombia reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a tener los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad. Se reconoce jurisprudencialmente que la ley 54 de 1990 (que regula lo relativo a la unión marital de hecho) también es aplicable a las parejas del mismo sexo. El año 2008, a través de la sentencia C-336 reconoce que las parejas permanentes del mismo sexo también tienen derecho a la pensión de sobrevivencia.

Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016

El señor Flor Freire ingresó a la Fuerza Terrestre el año 1992. El año 2000 fue separado de dicha función, debido a que fue sorprendido por un superior teniendo relaciones sexuales con otro soldado, versión que es refutada por el señor Flor Freire, quien señala que estaba ayudando a un soldado en estado de embriaguez a que no volviera a una fiesta en las afueras del Coliseo Militar, por lo que optó por dejarlo en su habitación para que durmiera en una cama adicional. Ante esos hechos, el Comandante le solicita a la víctima entregar funciones y responsabilidades a su cargo, con anterioridad lo habían sometido a un procedimiento disciplinario de información sumaria en su contra. Posteriormente, el hecho pasó a conocimiento del Comandante quien actuaba como Juzgado de Derecho, determinándose que había incurrido en la infracción prevista en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, que sancionaba a soldados que fueran sorprendidos en actos de homosexualidad. Diversas apelaciones fueron desechadas. Paralelo a ello, en enero de 2001 el señor Flor Freire presentó un recurso de amparo constitucional solicitando la suspensión de las actuaciones señaladas, alegando que el delito de "homosexualismo" había sido declarado inconstitucional mediante resolución del Tribunal Constitucional el año 1997. En julio de dicho año se resuelve negar el recurso porque no estaba dirigida contra un acto administrativo y emanaba de la jurisdicción militar. La apelación se consideró improcedente por el Tribunal. El 18 de enero de 2002 se hizo efectiva la baja del servicio.

Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016

A partir del año 1988 se registraron una serie de denuncias ante la Policía Federal y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana debido a la supuesta existencia de prácticas de trabajo esclavo en la Hacienda Brasil Verde y la desaparición de dos jóvenes. Debido a ello se realizó una fiscalización por el Ministerio del Trabajo a la Hacienda, determinándose la existencia de irregularidades, tales como la falta de registro de los empleados y condiciones contrarias a las disposiciones laborales. En ese sentido se determinó que los trabajadores se encontraban albergados en cobertizos sin condiciones mínimas de higiene, sin condiciones de salud ni acceso a agua potable, todos habían sufrido amenazas y no podían salir de la Hacienda. En 1999 se suspendió el procedimiento contra el propietario de la Hacienda a cambio de la entrega de seis canastas básicas. El año 2000 el "gato" volvió a reclutar a trabajadores ofreciéndoles transporte, alimentación y alojamiento durante su estancia en la Hacienda. Las condiciones a las que fueron sometidos los trabajadores fueron similares a las ocurridas con anterioridad, además no recibían sueldo si no llegaban a un mínimo de producción. En marzo de 2000 dos jóvenes lograron escapar, producto de lo cual el Ministerio del Trabajo realizó otra fiscalización determinándose en el informe que había 82 personas en situación de esclavitud. Se inició un procedimiento judicial contra el propietario de la Hacienda, el que fue archivado debido a que el demandado se comprometió a mejorar las condiciones de los trabajadores y a no emplear a más trabajadores en situación de esclavitud.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA PERIODO 2014-2016

1. Aspectos generales del principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación constituye uno de los principios estructurantes del DIDH y ha sido considerado por la Corte IDH como una norma perentoria o *ius cogens* puesto que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio jurídico que permea todo ordenamiento jurídico”¹. En otras palabras, la igualdad y la no discriminación constituyen una condición necesaria para el efectivo goce y ejercicio de todos los demás derechos y libertades consagrados en los sistemas de DIDH.

A continuación, revisaremos algunos elementos generales del desarrollo de los principios de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia interamericana y que están relacionados con las características que asume la discriminación en ciertos contextos (discriminación estructural y discriminación múltiple), así como la ampliación del concepto en atención a las realidades de discriminación que enfrenta la Corte IDH en su análisis.

1 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr.101.

Discriminación estructural
Caso Campo Algodonero vs. México (2009)

“Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida [...] “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género” (párr.133).

“La Corte recuerda que el concepto de ‘reparación integral’ (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...] **las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo.** En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...] (párr.450).

Discriminación múltiple
Caso Fernández Ortega vs. México (2010)

“[...] En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, situación que **se agrava para las mujeres indígenas** puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras ‘prácticas dañinas tradicionales’” (párr. 78).

Discriminación interseccional
Caso Gonzáles Lluy vs. Ecuador (2015)

“La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en **forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación** asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. 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” (párr. 290).

Desde el caso **Campo Algodonero vs. México**², la Corte IDH ha destacado que hay ciertas situaciones de violaciones de derechos humanos (en este caso, del principio de igualdad) que se dan en contextos que tienen características particulares, especialmente, cuando es la organización del Estado (la institucionalidad) la que genera, permite y/o facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población atendidas ciertas condiciones o calidades que les son propias e identificatorias. Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos y en algunos casos, directamente, su justificación. Estas son las llamadas “violaciones estructurales a los derechos humanos”. En ciertos casos, estas violaciones estructurales están fundadas en aspectos discriminatorios, la Corte IDH caracteriza estas como situaciones de **discriminación estructural**, como la que sufren las mujeres basada en el género:

“[...] El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez ‘tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres’. A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar ‘no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una **situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades**’ y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”. (**Caso Campo Algodonero**, párr.133).

En atención a este fenómeno la Corte IDH entiende que los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones sistémicas ocurran³. En el **caso Espinoza González**⁴, la Corte IDH vuelve sobre este análisis y respecto a la constatación de la existencia de un patrón de impunidad para enfrentar la violencia sexual, dispone medidas de carácter educativo y normativas e institucionales. Respecto a las medidas de carácter educativo, indica:

“En razón de lo anterior, la Corte dispone que el Estado, en un plazo razonable, incorpore en los programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a quienes están encargados de la persecución penal y su judicialización, los estándares establecidos en los párrafos (...) de esta Sentencia sobre: i) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación y violencia contra las mujeres por razones de género, en particular los actos de violencia y violación sexual, y ii) superación de estereotipos de género”. (**Caso Espinoza González**, párr. 327).

En relación a medidas de carácter normativo e institucional, la Corte IDH dispone:

“La Corte valora los esfuerzos del Estado para combatir la violencia por razón de género. Estos avances, en especial los judiciales, constituyen indicadores estructurales relacionados con la adopción de normas que, en principio, tienen como objetivo enfrentar la violencia y discriminación contra la mujer. Sin embargo, el Perú no aportó información a la Corte sobre la efectividad de las medidas adoptadas. De igual modo, es menester que se incluyan en los protocolos de investigación en el Perú los estándares establecidos en esta Sentencia. En virtud de lo anterior, la Corte ordena al Estado del Perú, en un plazo razonable, **desarrollar protocolos de investigación para que los casos de tortura, violación sexual y otras formas de violencia sexual sean debidamente investigados** y juzgados de conformidad con los estándares indicados en los párrafos (...) de esta Sentencia, los cuales se refieren a la recaudación de prueba en casos de tortura y violencia sexual, y en particular, a la recopilación de declaraciones y la realización de evaluaciones médicas y psicológicas”. (**Caso Espinoza González**, párr. 322, el destacado es nuestro).

De esta manera, vemos cómo la Corte IDH asocia directamente la existencia de patrones estructurales de discriminación a la necesidad de tomar medidas que van más allá del caso concreto y que buscan erradicar las bases culturales y jurídicas que permiten o favorecen la exclusión.

2 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.

3 Abramovich, V. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”. Revista Sur, V. 6, N°11, 2009, pp. 7-39.

4 Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

La Corte IDH analiza nuevamente un fenómeno de discriminación estructural en el **caso Trabajadores de la Hacienda Verde Brasil**, el año 2016. En este, señala que:

“[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación. (**Caso Trabajadores de la Hacienda Verde Brasil**, párr. 337)

Así, en el caso **Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil**, la Corte IDH determina que el Estado incurrirá en responsabilidad internacional:

“[...] en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido. (**Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde**, párr. 338)

Por lo tanto, en casos de discriminación estructural, el Estado debe adoptar medidas específicas con respecto a dichas personas, para no incurrir en responsabilidad internacional⁵.

La **discriminación múltiple**, es decir, la interacción simultánea de varios motivos de discriminación en un mismo sujeto, como lo son el sexo combinado con la etnia, la raza, la situación socioeconómica o la orientación sexual, entre otros, posee un efecto multiplicador de las consecuencias de la violencia y la discriminación y les hace particularmente vulnerables a ellas⁶. La Corte IDH se ha referido en distintas ocasiones a ella, por ejemplo, respecto del género y la etnia⁷ o la niñez y la discapacidad⁸. La “interseccionalidad” de la discriminación o la discriminación múltiple no es una circunstancia que debe ser omitida por los Estados. Al contrario, exige al Estado la adopción de medidas especiales.

En el **caso Gonzáles Lluy**⁹ la Corte IDH analiza la concurrencia de cuatro factores concurrentes de discriminación que afectan a la víctima del caso: niñez, enfermedad (VIH), género y pobreza:

“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”. (**Caso Gonzáles Lluy**, párr.285, el destacado es nuestro).

Identificado estos factores, la Corte IDH pasa a analizar las diferentes formas en que éstos afectaron el ejercicio de sus derechos, incorporando un nuevo concepto en su análisis: la **discriminación interseccional**:

“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

5 Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 338.

6 Chacartegui, C. 2010. “Mujer, discriminación múltiple y exclusión social”. En: Pérez de la Fuente, O. (ed.) Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia, Madrid, Dykinson, p. 41.

7 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

8 Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

9 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

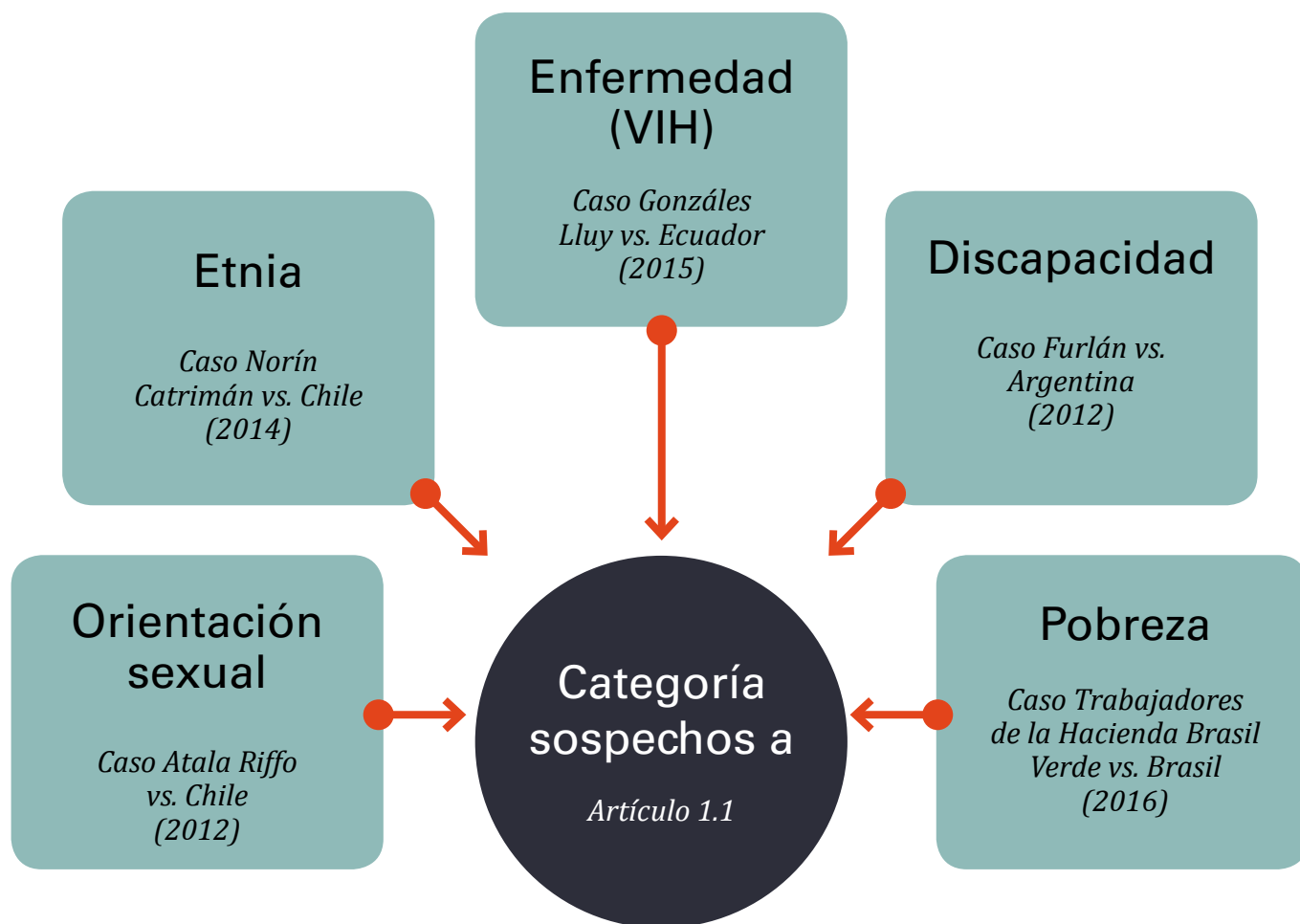
las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. 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” (Caso **González Lluy**, párr. 290, el destacado es nuestro).

Si bien la Corte IDH, como habíamos señalado, se había referido antes a la discriminación múltiple, esta es la primera vez que la Corte IDH se refiere a la **discriminación interseccional**, evidenciando el impacto diferenciado que generan las violaciones de derechos humanos en grupos excluidos de la población. Esta pareciera ser una categoría diferente de la discriminación múltiple, y que se caracteriza por la relación y concatenación entre las diferentes formas confluyentes de discriminación. Como señala el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente:

“[...] la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activa o visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos”. (**Voto concurrente juez Ferrer Mac Gregor**, párr. 10).

Si bien este es un elemento interesante introducido por la Corte IDH y que explica de manera correcta la forma en que opera en ciertas circunstancias la discriminación, no se evidencia de la misma forma las consecuencias jurídicas de este análisis. Una consecuencia lógica es el efecto preventivo que tiene la erradicación de la discriminación. La intervención del Estado de esta forma no solo es imperativa para erradicar la discriminación en casos concretos, sino también para evitar sus consecuencias perniciosas asociadas al ejercicio de otros derechos en el futuro. Esperemos que en el futuro la Corte IDH vaya desarrollando en específico este concepto.

1.2 Ampliación de las categorías sospechosas



El artículo 1.1 de la CADH señala “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Mediante una interpretación sistemática y evolutiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dentro de la categoría “otra condición social”, la Corte IDH ha ido ampliando los motivos prohibidos de discriminación, con el objetivo de aplicar respecto de ellos los estándares de escrutinio estricto que deben respetarse para analizar las situaciones de discriminación en dichos casos. En este periodo la Corte IDH se refiere a las opiniones políticas, el VIH y la etnia como motivos prohibidos de discriminación.

• Opiniones políticas

Si bien las opiniones políticas se encuentran dentro del ámbito protegido por el artículo 1.1 de la CADH, destacamos este caso como una ampliación del contenido del artículo 1.1, pues en el **caso Granier y otros**¹⁰, la Corte IDH señaló que la línea editorial de un medio de comunicación puede considerarse como opinión política y, por tanto, no deben realizarse discriminaciones que tengan como base este factor. Profundizando lo que había señalado en el **caso Ríos y otros**¹¹, la Corte IDH indica:

“[...] este Tribunal considera que la línea editorial de un canal de televisión **puede ser considerada como un reflejo de las opiniones políticas** de sus directivos y trabajadores en la medida en que estos se involucren y determinen el contenido de la información transmitida. Así, puede entenderse que la postura crítica de un canal es un reflejo de la postura crítica que sostienen sus directivos y trabajadores involucrados en determinar el tipo de información que es transmitida. Lo anterior debido a que, como ya se indicó previamente [...], los medios de comunicación son en diversas oportunidades los mecanismos mediante los cuales las personas ejercen su derecho a la libertad de expresión, lo cual puede implicar la expresión de contenidos tales como opiniones o posturas políticas”.

¹⁰ Corte IDH. 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.

¹¹ Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

“En particular, la Corte nota que la línea editorial y el contenido de un canal de televisión no se genera de manera accidental, sino que es el resultado de decisiones y acciones que toman personas concretas vinculadas a la definición de dicha línea editorial. Es razonable asumir que estas personas, teniendo una relación directa con la definición de la línea editorial del canal, plasman en la misma sus opiniones políticas y, con base en estas, construyen el contenido de su programación”. (**Caso Granier y otros**, párrs. 224 y 225, el destacado es nuestro).

Al realizar esta constatación la Corte IDH señala que al tratarse de una opinión política (categoría protegida por el artículo 1.1), el Estado debía fundamentar si nos encontramos ante un trato diferenciado que no tuviera motivos o efectos discriminatorios:

“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, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia RCTV estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio”. (**Caso Granier**, párr. 228).

Tras el análisis de los argumentos del Estado, la Corte IDH concluyó que no se logró desvirtuar la pretensión y destaca particularmente los efectos negativos que tienen las actuaciones discriminatorias respecto de las opiniones políticas, pues generan un efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión, derecho que es un pilar en una sociedad democrática:

“Al respecto, este Tribunal resalta que al realizar el gobierno un trato diferenciado basado en el agrado o disgusto que le causaba la línea editorial de un canal, esto conlleva que se genere un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión [...], ya que envía un mensaje amedrentador para los otros medios de comunicación respecto a lo que les podría llegar a ocurrir en caso de seguir una línea editorial como la de RCTV. Como se mencionó anteriormente, no permitir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad que es esencial para la protección de la democracia y el pluralismo de medios. (**Caso Granier y otros**, párr. 234).

Destacamos positivamente que la Corte IDH no restrinja la noción de opiniones políticas al sentido tradicional en que se utiliza la expresión, pues como bien señala la Corte IDH el ejercicio de la libertad de expresión respecto de temas de interés público implica una postura política y crítica respecto de la realidad.

• VIH

En el caso **González Lluy vs. Ecuador**, la Corte IDH sostiene que el VIH es una categoría protegida al amparo del artículo 1.1 de la CADH. Para arribar a esta conclusión la Corte IDH se apoya en pronunciamientos del **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**¹² y el **Comité de Derechos del Niño**¹³, entendiendo que el VIH puede ser caracterizado como “otra condición social”.

“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” (**Caso González Lluy**, párr. 255).

Acto seguido la Corte IDH, siguiendo su jurisprudencia constante en la materia¹⁴, se refiere a las

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ‘Observación General No. 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.

¹³ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ‘Observación General No. 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño’ de 17 de marzo de 2003. UN Doc CRC/GC/2003/3, párr. 9.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 124.

consecuencias de considerar que una categoría se encuentra amparada bajo el artículo 1.1 de la CADH: el estándar de escrutinio estricto:

“En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. 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”. (**Caso González Lluy**, párr. 257).

De esta manera la Corte IDH establece un estándar relevante para considerar que el VIH puede ser considerado una categoría adicional y es que esta condición –a diferencia de otras enfermedades- puede generar discapacidad, o barreras económicas y sociales que afecten el desarrollo de la persona en la sociedad. Esto permite diferenciar la situación analizada por la Corte IDH de cualquier otra enfermedad que pueda afectar a una persona. En ese sentido, si concurre una enfermedad habría que estar a sus particularidades para determinar si nos encontramos frente a una condición social amparada en la prohibición de discriminación del artículo 1.1 de la CADH.

- **Etnia**

En el caso **Norín Catrimán**, la Corte IDH trata el tema de la “etnia” como una categoría protegida que puede servir de base para un acto discriminatorio. La Corte IDH aclara que la etnia es una de las condiciones que la CADH no autoriza para justificar un trato diferenciado por parte del Estado. Fundamenta este criterio en el hecho de que, tras los tratos diferenciados basados en el origen étnico, se esconden ideas de superioridad de ciertos grupos sobre otros. Señala:

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

“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”. 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”. (**Caso Norín Catrimán**, párrs. 197 y 202).

Nos parece que esta es la solución correcta a la pregunta que debía responder la Corte. La etnia comparte las mismas condiciones que otras categorías o criterios prohibidos, en tanto, es una condición que la persona no puede cambiar o no es lícito solicitarle que la cambie, determina su personalidad y corresponde a elementos que han servido para excluir o marginar a amplios sectores sociales. Por ello, su calificación dentro de las categorías protegidas por la Convención mediante la fórmula de “otra condición social” nos parece adecuada, aunque hubiese sido interesante que la Corte desarrollara con mayor profundidad el elemento cultural tras origen étnico.

Con base en el art. 1.1 de la CADH, la Corte IDH concluyó lo siguiente:

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

Es relevante esta observación general que formula la Corte IDH, ya que fija claramente un estándar que debe ser aplicado por todos los Estados de la región. Determina, sin margen de duda, la ilegitimidad de cualquier práctica discriminatoria basada en la etnia.

• Orientación sexual

La Corte IDH el año 2012 se pronunció sobre la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH, en el **caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Es en el año 2016, en el **caso Duque vs. Colombia**, que reitera dicho estándar, pero esta vez referido a la aplicación discriminatoria de la ley que otorgaba pensión de sobrevivencia con respecto a parejas del mismo sexo. En ese sentido:

“La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscribida 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.

En ese sentido, 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. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.” (**Caso Duque**, párrs. 104 y 105)

Lo relevante de este caso, es que es la primera vez que la Corte IDH analiza un caso de discriminación por orientación sexual referido a derechos económicos, sociales y culturales; en este caso, el derecho a la seguridad social.

Ahora bien, la diferencia se originaba en una norma legal que fue modificada el año 2002. Con anterioridad, la diferencia realizada entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo no obedecía a una justificación objetiva y razonable y se vulneraba, por tanto, el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁵. En este sentido, se refuerza que cualquier diferencia de trato basada en la orientación sexual y que no posea una justificación estricta, constituye un trato discriminatorio y debe ser sancionado.

En el **caso Flor Freire vs. Ecuador**, se analiza también la presunta discriminación que sufrió la víctima en base a la orientación sexual “percibida” debido a que se le aplicó una sanción establecida para “actos homosexuales” que prescribía una sanción mayor que para “actos sexuales”. Así, se señala que:

“[...] 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 sexual¹⁷⁰, **sea esta real o percibida**, pues ello sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana”. (**Caso Flor Freire**, párr. 118. El destacado es nuestro)

Es relevante en este caso, que se profundiza el hecho de que el fundamento de la discriminación -en este caso, orientación sexual-, puede ser real o percibida. Así,

15 Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 125.

“La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.” (**Caso Flor Freire**, párr. 120)

Por otro lado, se reitera el estándar desarrollado en el **caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**, con respecto a la posible justificación de restricciones o vulneraciones a los derechos humanos, basados en la opinión de la sociedad con respecto a determinado tema:

“En particular sobre la orientación sexual, esta Corte ha señalado que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países al momento de los hechos sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (**Caso Flor Freire**, párr. 124)

De esta forma, se reitera el estándar internacional de protección de la igualdad y prohibición de la discriminación por orientación sexual.

- **Pobreza**

La Corte IDH el año 2016, en el **caso Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil**, analiza el caso de un grupo de trabajadores en el contexto de esclavitud y trabajo forzado, producto de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraban debido a su posición económica, categoría utilizada por la Corte en este caso.

“La Corte constata, en el presente caso, algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización (...). Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de ‘trabajo esclavo’ en el país (...).” (**Caso Trabajadores de Hacienda Brasil Verde**, párr. 339)

Posteriormente, la Corte IDH determina que dicha situación de vulnerabilidad compartida constituyó un trato discriminatorio¹⁶. En dicho sentido, son las condiciones de existencia las que llevan a los trabajadores a aceptar condiciones de trabajo más riesgosas, lejos de su hogar y que los hacen ser objeto de los reclutadores de trabajo esclavo, entre otros.¹⁷

Debido a la condición especial de vulnerabilidad, el Estado debería haber tomado medidas especiales de protección:

“[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, **como la extrema pobreza o marginación.**” (**Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde**, párr. 337. El destacado es nuestro)

¹⁶ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 340.

¹⁷ *Ibidem*.

En conclusión, la condición de pobreza o marginación se constituye como una categoría que coloca a los sujetos en una situación especial de vulneración que los hace objeto de discriminación estructural y de vulneraciones a sus derechos reconocidos en la Convención. Así, “la Corte destaca que a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la ‘posición económica’ de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana”.¹⁸

Ahora bien, es el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor el que desarrolla la categoría de “pobreza” como el elemento central de la discriminación estructural que padecen los trabajadores, señala que:

“el reconocimiento que hace la Corte Interamericana de la “pobreza” como parte de prohibición de la discriminación por “posición económica”, resulta de particular relevancia para la jurisprudencia interamericana —y en general para el contexto latinoamericano—, al ser la primera vez que se considera a la pobreza como un componente de la prohibición de discriminación por “posición económica” (categoría que se encuentra contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana, a diferencia de otros tratados internacionales); teniendo especial relevancia que las violaciones declaradas fueron “en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores” en el caso particular.” (Voto razonado, párr. 2)

Según lo señalado por el juez Ferrer Mac-Gregor, la posición económica había sido analizada en la jurisprudencia de la Corte IDH desde dos perspectivas. Desde la primera, se reconocía a la pobreza o condición económica como una condición asociada “a grupos de vulnerabilidad tradicionalmente identificados (niños, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, migrantes, etc.)”¹⁹. La segunda, por otro lado, analizaba la pobreza como elemento parte de una discriminación múltiple o interseccional²⁰. La importancia del **caso Trabajadores de la Hacienda Verde Brasil**, señala Ferrer Mac-Gregor, es que se analiza la pobreza desde una nueva perspectiva: pobreza o condición económica analizada de manera aislada dadas las circunstancias del caso sin vincularla con otra categoría de especial protección²¹. De esta forma, más que incorporar una nueva categoría, se delimita la pobreza como parte de “posición económica”²² y se analiza como categoría particular, relacionada con la discriminación estructural.

18 *Ibíd.*, párr. 335.

19 Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor. Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 44.

20 Cfr; Véase: Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

21 Voto razonado, párr. 44.

22 *Ibíd.*, párr. 47.

2. La utilización de estereotipos como forma de discriminación

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México
Sentencia 16 de noviembre de 2009

ESTEREOTIPOS

En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. (Párr. 401)

[...] la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cuál se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género; [...] (Párr. 455)

Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile.
Sentencia del 24 de febrero de 2012.

[...] Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (Párr. 109)

[...] La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. (Párr. 111)

Caso Fornerón e hija Vs. Argentina.
Sentencia de 27 de abril de 2012

[...] esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia. (Párr. 99)

Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo. (Párr. 100)

2.1 Falta de investigación con perspectiva de género y aplicación de estereotipos de género

Durante el período 2014-2015, en los casos **Véliz Franco y Velásquez Paiz**, se constata la falta de investigación con perspectiva de género y la aplicación de estereotipos de género durante el transcurso de la investigación que implicaron la responsabilidad internacional del Estado por haber vulnerado los artículos 1.1 y 24 de la CADH. Según la Corte IDH:²³

“[...] 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, [mientras que] el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en la misma, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. 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 apruebe²⁴. En definitiva, la Corte ha afirmado 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 o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana” (**Caso Velásquez Paiz, párr. 174**)

Resulta relevante que la protección dada por el artículo 24 de la CADH implica no sólo aprobar una legislación que no sea discriminatoria, sino también analizar la aplicación que se hace de dicha ley. Por lo tanto, una determinada norma que en abstracto no presenta rasgos discriminatorios en su aplicación puede generarlos, vulnerando las obligaciones convencionales. Dicho estándar es fundamental para este apartado, pues en la aplicación se debe observar los posibles prejuicios y estereotipos que pueden llevar a que la aplicación de una determinada ley sea discriminatoria.

Así, el análisis realizado en los casos **Véliz Franco y Velásquez Paiz** por la Corte IDH comienza estableciendo que una obligación del Estado es “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”²⁵, además deben:

“[...] adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (**Caso Véliz Franco, párr. 206**)²⁶

La Corte IDH reitera en ambos casos que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación contra ella, siguiendo lo señalado por el mismo Tribunal desde **Campo Algodonero**²⁷ así como a otros organismos internacionales²⁸. Dicho vínculo ha sido señalado tanto por la Convención Belém do Pará, la CEDAW, así como por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia

23 Ver 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; Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 217.

24 Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 186, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 217.

25 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 206; Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 173.

26 Cfr. 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, párr. 104, y Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251., párr. 236.

27 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.

28 Cfr. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303, 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.

contra las mujeres y la violencia doméstica. La Corte IDH reproduce lo señalado por el Comité de la CEDAW, al establecer:

“[...] 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’²⁹” **(Caso Velásquez Paiz, párr. 175)**

Por lo mismo, en casos de violencia contra la mujeres es fundamental contar con una investigación realizada en forma diligente y con la eficacia judicial; de lo contrario, se genera un ambiente de impunidad que “facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia”³⁰. Es más, la Corte IDH ha señalado que:

“Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia. 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**”. **(Caso Véliz Franco, párr. 208 y Caso Velásquez Paiz, párr. 176, el destacado es nuestro)**

Por otro lado, no sólo la ausencia de investigación de posibles móviles discriminatorios constituye una forma de discriminación basada en el género, la aplicación de estereotipos durante la investigación y en el procedimiento judicial también. Estos se refieren a:

“[...] una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente³¹, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales” **(Caso Velásquez Paiz, párr. 180).**

Así, “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”³². Lo anterior se desprende de declaraciones efectuadas por funcionarios a cargo de la investigación, que muestran una comprensión del rol social de las mujeres basada en prejuicios y estereotipos lo que, según la Corte IDH, agrava el incumplimiento del deber de no discriminación³³. Ejemplo de lo anterior lo constituyen las referencias en los informes de la investigación a la forma de vestir de la víctima, su vida social y nocturna, sus creencias religiosas y la poca vigilancia por parte de su familia en el caso Veliz Franco. Señala la Corte:

“En el presente caso, los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores. Al respecto, la Corte ya ha tenido ocasión de señalar que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer” **(Caso Véliz Franco, párr. 213)**³⁴.

29 Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 395, citando al 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. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), párrs. 1 y 6.

30 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277., párr. 208; Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307., párr. 176.

31 Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 401.

32 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277., párr. 209.

33 *Ibíd.*, párr. 212.

34 Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párrs. 400 y 401, y CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.

En el **caso Velásquez Paiz**, el Estado no negó que los funcionarios/as hubiesen realizado ciertas declaraciones en torno a una caracterización estereotipada de la víctima, sino que señaló que dichas declaraciones fueron realizadas a título personal sin que la investigación se hubiese visto afectada³⁵. Las peritas que trabajaron en el caso consideraron que efectivamente las investigaciones se vieron influenciadas por los estereotipos de los/as funcionarios/as que eran parte de dicha investigación³⁶. La Corte IDH reproduce los dichos de una perita al establecer que los estereotipos que “evitan la plena aplicación del principio fundamental de igualdad entre mujeres y hombres [...] afecta al derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, en tanto impone obstáculos que deben superar las mujeres y que los hombres no enfrentan [y] les niega a las mujeres la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia”³⁷. En este caso si bien no es la Corte la que establece la relación directa, sí toma las palabras de Christine Mary Chinkin en su argumentación para establecer la vulneración del principio de igualdad y para fundamentar la vulneración al derecho. Importante es que luego, la Corte IDH:

“[...] reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. En este sentido, rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten.” (**Caso Velásquez Paiz, párr. 183**)

Dichos elementos, y la utilización de estereotipos no constituyen hechos aislados según la Corte IDH teniendo a la luz ambos casos, sino que forman una práctica constante en que se aplican estereotipos de género culpabilizando a la víctima e influyendo negativamente en la investigación, tanto en las posibles líneas de investigación, las circunstancias que rodean al caso y los posibles autores³⁸:

“Dichas falencias investigativas no son un hecho casual ni colateral a la investigación; son una consecuencia directa de una práctica común de las autoridades que investigan de realizar una valoración estereotipada de la víctima, aunado a la ausencia de controles administrativos sobre la actividad de los agentes estatales que intervinieron y actuaron en la investigación con base en estos estereotipos y prejuicios. Todo lo cual derivó en que el caso no se investigara de manera diligente ni con rigor, manteniéndose en la impunidad hasta el día de hoy, lo cual constituyó una forma de discriminación en el acceso a la justicia por razones de género.” (**Caso Velásquez Paiz, párr. 191**)

En consecuencia, el que en ambos casos no se considerara que el género pudiese ser un motivo de la muerte, tratándose como un homicidio, y que se aplicaran estereotipos de género durante la investigación implica que no hubo perspectiva de género en aquella. Cuestión no menor, en tanto la misma Corte IDH determinó las consecuencias que derivan de la ausencia de un enfoque de género en la investigación penal, que implican:

“[p]rimero, la invisibilización de las circunstancias previas a la muerte, siendo que los indicios indican la existencia de un acto de violencia ocurrido previo a la muerte. Segundo, la invisibilización de la forma en que ocurrió la muerte, a pesar que de los indicios se desprende la presunta comisión de un acto de violencia ocurrido con posterioridad a la muerte. Tercero, la invisibilización de la posible violencia sexual. Estos tres aspectos se presentan como una posible reiteración de la violencia ejercida en contra de la víctima ocurrida durante el tiempo de su desaparición, y adicionales al hecho de darle muerte.” (**Caso Velásquez Paiz, párr. 197**)

Por lo tanto, la Corte IDH concluye que ambas investigaciones no fueron realizadas con perspectiva de género según los estándares internacionales, configurándose la vulneración del derecho de igual protección a la ley y el deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 24 y 1.1 CADH).

35 Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307., párr. 178.

36 *Ibid.*, párr. 181.

37 *Ibid.*, párr. 182.

38 Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 210 a 212 y Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307., párr. 190.

La Corte IDH en este sentido analiza uno de los puntos más relevantes actualmente para eliminar la discriminación contra la mujer, referida a la investigación de casos de violencia contra la mujer, estableciendo la necesidad de aplicar una perspectiva de género, que implica el evitar la existencia de prejuicios y estereotipos de género, presentes en la cultura latinoamericana.

2.2 Aplicación de estereotipos en las resoluciones judiciales

El **caso Norín Catrimán**, la Corte IDH realiza un análisis sobre la aplicación de estereotipos en las resoluciones judiciales que afectaron a personas pertenecientes a la etnia mapuche. La Corte IDH señala que “[p]uede 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 asocian a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal”³⁹. Por lo tanto, el caso busca determinar si efectivamente se utilizaron estereotipos en la aplicación de dicha ley.

Los estereotipos, según la Corte IDH, se refieren a “pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado”⁴⁰. Reitera a su vez, lo establecido en el caso **Campo Algodonero**, al señalar que:

“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]’⁴¹” (**Caso Norín Catrimán, párr. 224**)

En este caso se busca determinar si en los razonamientos de los/as jueces/zas se estableció una diferencia de trato en base a la pertenencia de las personas a la etnia mapuche, según los argumentos que fueron expuestos por dichas autoridades en las decisiones judiciales.

Para la Corte IDH en este caso adquiere relevancia lo establecido por los peritos, quienes establecieron que: “[l]a aplicación discriminatoria de una norma puede derivarse del sustento mismo de su aplicación o de si las razones invocadas para su aplicación son objetivas o contienen algún elemento discriminatorio”⁴², concluyendo que en este caso “una parte importante de la argumentación jurídica de dichas decisiones judiciales se desprende de estereotipos y prejuicios que recaen nocivamente sobre estas comunidades, [...] sin que se desprenda de hechos probados en el proceso”⁴³.

Para determinar si existe discriminación hay que analizar, por tanto, los extractos de las decisiones judiciales y determinar si se basó en una categoría sospechosa, para esto se analiza el lenguaje, el contexto de las decisiones y los argumentos expuestos⁴⁴. A continuación, se exponen algunos argumentos judiciales:

“19º. -Que los elementos de juicios referidos en los fundamentos primero, séptimo y decimotercero, del fallo de primera instancia, constituyen presunciones judiciales, que apreciadas en conciencia, acreditan que los incendios de los camiones y retroexcavadora se encuentran circunscritos dentro del conflicto Pehuenche, en la Octava Región, Provincia de Bio, comuna de Santa Bárbara, sector cordillerano denominado Alto Bio, lo que se relaciona con la oposición a la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco, donde además, es de público conocimiento que las hermanas Berta y Nicolasa Quintremán Calpán son las que se oponen al proyecto de Endesa, porque sus terrenos serán inundados con la construcción de la Central y en los cuales se encuentran sus ancestros, sus orígenes, su cultura y sus tradiciones.

En este contexto han acontecidos los hechos, como una manera de exigir a las autoridades resoluciones o imponer exigencias para revertir la situación existente en la construcción de la Central.

39 Corte IDH. 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. 223.

40 Ibid., párr. 224. 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 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239., párr. 111.

41 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, párr. 401.

42 Corte IDH. 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. 225.

43 Ibid., párr. 225. Dichos del perito Carlos del Valle Rojas.

44 Ibid., párr. 226.

20°. -Que para ello, el 29 de septiembre de 2001, 03 y 17 de marzo de 2002, se incendiaron dos camiones y una retroexcavadora y posteriormente dos camiones, vehículos que trabajaban para Endesa. La primera vez actuaron varios individuos encapuchados, excepto uno, utilizando un arma de fuego, lesionando al conductor del camión con un palo. La segunda vez participaron a lo menos dos individuos, con rostro cubierto, premunido uno de ellos con escopeta, efectuando dos disparos al aire, y en la tercera oportunidad fue un grupo de personas encapuchadas, uno de los cuales portaba un arma de fuego, haciendo disparos al aire. En todos estos actos usaron combustible inflamable, como bencina u otro semejante.

Las acciones ilícitas antes referidas se han llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas de acuerdo como acontecieron los hechos, lugar y modus operandi, con la finalidad de crear situaciones de inseguridad, inestabilidad y temor, infundiendo miedo para la formulación, bajo presión delictual de peticiones a las autoridades imponiéndole exigencias para lograr sus fines⁴⁵.”

Finalmente, la Corte IDH determina que la utilización de dichos razonamientos es clara muestra de los estereotipos y prejuicios y que, por tanto, vulnera el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley (artículos 1.1. y 24 CADH). Llama la atención que la Corte IDH no explica claramente los estereotipos contenidos en dichos párrafos, sólo afirma su existencia después de transcribirlos.

3. Grupos en situación de discriminación

3.1 Niños/as con VIH

En el **caso González Lluy** se vulneró el derecho a la educación en condiciones de igualdad de Talía González Lluy, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, debido a su condición médica. Para llegar a esa conclusión, la Corte IDH comienza analizando la causalidad entre la condición médica de Talía y la diferencia de trato empleada en el sistema educativo.

El establecimiento educacional al que asistía Talía la suspendió debido a que consideró que su presencia allí constituía un riesgo para el resto de los/as estudiantes. Dicha argumentación fue avalada por el tribunal nacional, quien consideró que debido al diagnóstico de púrpura trombocitopénica idiopática, los posibles sangrados que pudiera tener implicaba un riesgo de contaminación de VIH para el plantel estudiantil.

Esos hechos implican, de acuerdo con la Corte IDH que “se realizó una diferencia de trato basada en la condición de salud de Talía”⁴⁶, y para determinar si dicha diferencia es constitutiva de discriminación se debe analizar la justificación realizada por el Estado.

En este sentido, y como ya se vio anteriormente, el VIH constituye un motivo prohibido para discriminar. Y por lo mismo, el análisis realizado sobre justificar la diferencia de trato debe ser más estricto⁴⁷, así la Corte IDH señala que:

“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.

[...] 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” (**Caso González Lluy, párrs. 256 y 257**)

En ese sentido, y haciendo referencia al motivo particular de por qué en este caso se realizó la diferencia de trato, señala la Corte IDH que:

⁴⁵ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Considerandos décimo noveno y vigésimo de la Sentencia emitida el 4 de junio de 2004 por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones de Concepción (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos de CEJIL, anexo A, folios 1730 y 1731).

⁴⁶ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 252.

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 256.

“[...] si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, **dicha diferencia de trato debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.** Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad, aun si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública” (**Caso González Lluy, párr. 258**, el destacado es nuestro)

Por lo tanto, el trato diferenciado con respecto a una persona que tiene VIH, y siguiendo al TEDH⁴⁸, debe basarse no en estereotipos ni riesgos especulativos, sino con respecto a la situación del estado real de salud, configurándose una causa razonable y objetiva. Un elemento importante, es que se basa en el interés superior de los niños y niñas, y este exige la adaptabilidad del entorno educativo tanto para el resto de los/as niños/as como para Talía⁴⁹, condición que no fue respetada en este caso, pues “las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía. En lo relativo al derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó la necesidad que los Estados tomen las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA”⁵⁰. La Corte en este sentido ha indicado 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 [...] que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades, particularmente cuando reproducen el estigma en torno a las mismas” (**Caso González Lluy, párr. 264**)

Por lo tanto, debido a que la referencia al interés colectivo y a la integridad de los niños y las niñas como el fin legítimo para establecer el trato de diferencia, es una referencia a una consideración abstracta y no concreta,

“no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica [...]. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud” (**Caso González Lluy, párr. 265**)

Agrega además que:

“[...] una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas. En el presente caso la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH.” (**González Lluy, párr. 266**)

Por lo tanto, para determinar la situación de riesgo no se consideraron los aspectos del estado real de salud, es decir, los aspectos médicos; sino, que se privilegiaron los prejuicios sobre la enfermedad⁵¹.

48 TEDH. Caso Kiyutin v. Rusia (Demanda no. 2700/10), 15 de septiembre de 2011.

49 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 262.

50 *Ibíd.*, párr. 263. Cfr. 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

51 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 270.

“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.” (**Caso González Lluy, párr. 274**)

Por otro lado, el entorno en que Talía se desarrollaba debió contribuir a evitar la discriminación hacia ella. Esto, a través de la realización de capacitaciones y el apoyo necesario, por ejemplo, para que no se viera en la obligación de ocultar su enfermedad⁵².

Por lo tanto, el Estado vulneró el derecho a la educación (artículo 13 Protocolo de San Salvador), en relación con el derecho de los niños y niñas y del deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, contenidos en los artículos 19 y 1.1 de la CADH. En este sentido, continúa con un análisis similar al visto en el **caso Atala Riffo y Niñas**, según el cual el análisis con respecto al interés superior de las menores debe ser realizado en forma concreta y no abstracta⁵³, corroborando que el “interés superior del niño” no puede ser utilizado para amparar conductas discriminatorias.

52 Ibid., párr. 284.

53 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 110 y siguientes.

3.2 Inmigrantes

• Diferencia de trato según el estatus migratorio

Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005

“La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa” (párr. 155).

“De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;

el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y

la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”. (párr. 156).

Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010

“En aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del corpus juris internacional existente en relación con los derechos humanos de los migrantes, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de **adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo**” (párr. 99).

“Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De igual forma, la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante” (párr. 100).

Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012

“En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda 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. Ejemplo de ello puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de migrantes, pero siempre asegurando el debido proceso y la dignidad humana independientemente de su condición migratoria” (párr. 233).

“En este sentido, la Corte recuerda 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” (párr. 234).

En la **Opinión Consultiva OC 18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**, la Corte establece que el principio de igualdad y no discriminación se debe garantizar a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que incluye a migrantes en situación irregular. No obstante, es posible iniciar procesos contra los migrantes indocumentados, pero garantizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos⁵⁴. De la misma forma, en el **caso Nadege Dorzema y otros** señala 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 de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias’. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional” (**Caso Nadege Dorzema y otros**, párr. 236)

Reitera lo anterior en la **Opinión Consultiva OC-21/14**, al señalar:

“[...] dicha competencia territorial del Estado se encuentra limitada por el compromiso que éste soberanamente ha contraído de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que sujeta a su jurisdicción. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, **no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana**, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular” (**Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**, párr. 62, el destacado es nuestro)

En el **caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas**, se aplica el estándar anterior al derecho a la nacionalidad, en relación al derecho de igual protección de la ley y no discriminación⁵⁵. Se señala que los mecanismos establecidos para otorgar la nacionalidad no deben responder a prácticas discriminatorias ni tener efectos discriminatorios⁵⁶, además la Corte IDH ha establecido que:

“[...] 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 personas⁵⁷. 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 nacionalidad⁵⁸. 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 hijos⁵⁹” (**Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas**, párr. 264)

54 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, párr. 118.

55 Corte IDH. 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 No. 282, párr. 264. Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03, párr. 101.

56 Corte IDH. 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 No. 282, párr. 264. Cfr. Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130., 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.

57 Cfr. Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130., párr. 141.

58 Cfr. *Ibíd.*, párrs. 155 y 156.

59 *Ibíd.*, párr. 156.

En este caso se establece una diferencia de trato entre los hijos de migrantes en situación irregular y regular. Por lo que resta analizar si dicha diferencia de trato implica una vulneración del derecho de igual protección de la ley, siendo discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, “es decir, cuando no se persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”⁶⁰. En este sentido, el Tribunal Constitucional de dicho país señaló que los hijos de extranjeros que se encuentren en situación irregular no podrían obtener nacionalidad dominicana por ser inadmisibles aceptar que de una situación ilícita pueda resultar en el nacimiento de un derecho⁶¹. Al respecto, la Corte IDH señala que:

“[...] 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.” (**Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas**, párr. 317)

Por lo tanto, los argumentos del Estado para justificar la diferencia de trato resultan insuficientes, precisamente porque uno de los límites que tiene el Estado al determinar la nacionalidad de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, es que se brinde a dichas personas una protección igualitaria y efectiva de la ley, y sin discriminación⁶²; y se reitera lo establecido en el **caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**, en torno a que el estatus migratorio de un padre o madre, no se transmite a los hijos.

En conclusión, la diferencia de trato para adquirir la nacionalidad es discriminatoria, afectando desproporcionadamente a un determinado grupo de personas, la población dominicana de ascendencia haitiana, vulnerando el derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la CADH. En este sentido, la Corte IDH viene a confirmar su línea jurisprudencial, en tanto que el estatus migratorio de los padres no se transmite a sus hijos.

- **Expulsiones colectivas de extranjeros como actos discriminatorios**

La Corte IDH, en el período 2014-2015 conoce del **caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas** que, como bien se señalan en los hechos, se basa en la vulneración de ciertas garantías judiciales en los procesos de expulsión de migrantes. En este caso, se realizan expulsiones colectivas, las cuales ya habían sido rechazadas por la Corte.

Se señala 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” (**Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas**, párr. 381, el destacado es nuestro).

Sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, en este caso se expulsa a cuatro personas de nacionalidad haitiana, junto a sus familiares, en menos de 48 horas sin que exista constatación de que se hubiese realizado un examen individualizado⁶³; es más, se desprende de la evidencia que estas fueron realizadas en forma grupal y sumaria.

Ahora bien, siguiendo el artículo 1.1 de la CADH en cuanto a la no discriminación, como bien hemos visto, todos los derechos deben ser respetados y garantizados sin discriminación, “todo tratamiento que

⁶⁰ Corte IDH. 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 No. 282, párr. 316.

⁶¹ *Ibíd.*, párr. 317.

⁶² *Ibíd.*, párr. 318.

⁶³ Corte IDH. 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 No. 282, párr. 381.

pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”⁶⁴. Los alegatos de los representantes y la Comisión precisamente señalan que las expulsiones y privaciones de libertad, estuvieron basadas en prácticas discriminatorias por conceptos raciales.

La Corte IDH, toma en consideración el contexto de expulsiones individuales y colectivas de haitianos y dominicanos de origen o ascendencia haitiana⁶⁵.

La Corte IDH reitera lo ya señalado en su Opinión Consultiva del año 2002 y en casos posteriores⁶⁶, al señalar que:

“[...] 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’⁶⁷. 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” **(Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas, párr. 402)**

Por lo que, si bien puede establecer una diferencia de trato, esta no puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley y el ejercicio de los derechos sin discriminación. En este 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.” **(Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas, párr. 404)**

Lo anterior deriva de la constatación por la Corte IDH de que las privaciones de libertad no se realizaron con el objetivo de iniciar un procedimiento formal de expulsión, sino que, con base en la forma en que fueron detenidas las víctimas, se establece “una presunción por parte de los agentes estatales de que, por sus características físicas, las presuntas víctimas debían pertenecer al grupo específico, haitianos o de origen haitiano”⁶⁸. Por lo tanto, fueron detenidas y expulsadas por pertenecer a un grupo específico, lo que constituye una actuación discriminatoria, vulnerándose el artículo 1.1 de la CADH en tanto no se respetaron los derechos sin discriminación.

64 Ibíd, párr. 398. 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.

65 Corte IDH. 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 No. 282, párr. 400.

66 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, nota a pie de página 74.

67 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, nota a pie de página 74.

68 Corte IDH. 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 No. 282, párr. 403.

4. Medidas para erradicar la discriminación y mecanismos de garantía

Un punto relevante de análisis para toda autoridad estatal es el campo de aplicación de las medidas que debe adoptar el Estado frente a actos que afectan la igualdad y no discriminación: garantías ordinarias, medidas de acción afirmativa, medidas de debida diligencia y medidas especiales⁶⁹. El criterio que puede ser utilizado para catalogar cada una de estas medidas atiende al grado de especificación del destinatario y el nivel de intensidad o profundidad de la medida.

En primer lugar, debemos considerar las medidas o acciones positivas a que se obliga el Estado como forma de hacer efectiva su obligación de garantizar los derechos convencionales (Artículo 2.1 del PIDCP y artículo 1.1 CADH). La obligación de garantía se traduce en el compromiso que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que su ciudadanía ejerza los derechos y disfrute las libertades que se le reconoce⁷⁰. Estas medidas de garantía son el mínimo que debe implementar el Estado para cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, pero en algunos casos no son suficientes y es necesario que se adopten medidas específicas. Estas medidas específicas que deben adoptarse en ciertos contextos particulares de violación de derechos humanos son: acciones afirmativas, medidas de debida diligencia y medidas especiales. A continuación, se expone breve y esquemáticamente cada una de ellas.

Las acciones afirmativas⁷¹ son medidas de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo⁷² y tienen la particularidad de que están destinadas a miembros de grupos desaventajados que han sido afectados por una situación de discriminación prolongada. El requisito de legitimidad de estas medidas es que deben encaminarse a la igualdad efectiva en el goce de derechos que, sin éstas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional, social y culturalmente. Estas medidas tienen un límite de temporalidad; esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido.

Otro paso en este proceso de especificación de los destinatarios e intensificación de las medidas son las denominadas **medidas de debida diligencia**, especialmente en materia de prevención y protección de derechos. Estas son medidas que han sido profusamente desarrolladas en el ámbito de los derechos humanos de las mujeres⁷³, pero que podrían llegar a ser aplicadas en otros contextos. En el caso *Campo Algodonero*, la Corte estableció que la violencia sufrida por estas mujeres se insertaba en un contexto de violencia que tenía como base una situación de discriminación estructural⁷⁴ y que ello demandaba determinado deber de diligencia al Estado. La Corte analizó las medidas que el Estado adoptó para cumplir con su obligación de garantizar, específicamente, con su deber de prevención⁷⁵. Al efecto, señaló que el Estado no responde ilimitadamente por actos de privados, pero en caso de que tenga conocimiento “de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado”⁷⁶ la ineficacia en su actuar acarrea su responsabilidad internacional. En el caso de Campo

69 Cabe hacer presente que este concepto proviene del sistema universal de derechos humanos. El origen de la expresión “medidas especiales” se encuentra en el proceso de redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), específicamente en una propuesta del gobierno de India. La India sugirió que se incorporara un párrafo explicativo en el texto del artículo 2, aclarando que frente a grupos “particularmente atrasados”, debían establecerse ciertas “medidas especiales” para su adelanto social y cultural, distinciones que no debían ser consideradas discriminatorias. Con el tiempo este término se ha utilizado en este ámbito con un alcance muy similar al de “acciones afirmativas”.

70 Nash, Claudio. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos. Editorial Porrúa, 2009, cap. II.

71 Para el sistema internacional, véase Shelton, Dinah. Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.

72 Ver El concepto y la práctica de la acción afirmativa. Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión. ECOSOC, Subcomisión de Promoción y protección de los derechos humanos E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 de junio de 2002, párr. 6. Ver también, Convención Internacional sobre la Discriminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1(4); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4 (1); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No 5. Medidas especiales y temporales, adoptada durante el Séptimo período de sesiones, (1988); en este sentido, ya en la Observación General No. 1, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales requirió “prestar especial atención a las regiones o zonas menos favorecidas, así como a determinados grupos o subgrupos que parezcan hallarse en situación particularmente vulnerable o desventajosa”. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 1, disponible en HRI/GEN/1/Rev.7, p. 9, párr. 3; véase también Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No. 13. disponibles en HRI/GEN/1/Rev.7, p. 79, párrafo 32. Debe tenerse en cuenta que en todos estos instrumentos se utiliza la nomenclatura “medidas especiales” que, en el sistema universal, ha sido utilizada en una acepción equivalente al concepto norteamericano de “acción afirmativa”.

73 A modo de ejemplo, ver art. 4 CEDAW y art. 7 de la Convención de Belem do Para, sobre Eliminación de la violencia contra las mujeres.

74 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 párr. 450.

75 Para una reflexión sobre los desafíos del sistema penal en la tutela de los derechos de las mujeres ver Araujo, Jaime et al. Simposio. Violencia contra las mujeres en el espacio doméstico y la tutela del Estado: desafíos y limitaciones de la respuesta punitiva. En: Anuario de Derechos Humanos, N° 5, 2010. pp. 61-81.

76 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, ár. 280.

Algodonero, México tenía pleno conocimiento de la gravedad, extensión y complejidad de la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez y, a juicio de la Corte, no (i) adoptó medidas de prevención efectivas que redujeran los factores de riesgo para las mujeres⁷⁷, ni (ii) medidas “razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida”⁷⁸. Además, la Corte se pregunta por la obligación del Estado de adoptar, ya no sólo medidas de debida diligencia en materia de prevención, sino que, en caso de ocurrir la violación de derechos, se refiere también a la obligación de adoptar medidas de debida diligencia estricta⁷⁹.

Por último, es importante destacar la argumentación que da la Corte Interamericana para justificar la adopción de las “**medidas especiales**” destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. En este caso, el nivel de especificación de las medidas requeridas al Estado es aún mayor (se individualiza a las personas destinatarias) así como también su intensidad (se exige un mayor nivel de efectividad de las mismas). La Corte Interamericana establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección...”⁸⁰. Con el fin de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”⁸¹.

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad. Tales medidas pueden ser de diversa índole (administrativa, legislativa, jurisdiccional que permitan cumplir con los mandatos normativos de derechos y garantizarlos adecuadamente) y respecto de variados ámbitos (situaciones de discriminación histórica, situación carcelaria, condiciones personales del titular, como capacidades disminuidas, entre otras).

4.1 Medidas de debida diligencia

Para la Corte la situación de vulnerabilidad de las niñas en un contexto de violencia, como el que se vive en Guatemala, tiene consecuencias respecto de las obligaciones del Estado. Señala la sentencia:

“De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia”⁸². La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia”. (**Caso Véliz Franco**, párr. 134).

Este deber de actuación diligente tiene una importante arista que la Corte explora y es el deber de prevención. La sentencia ubica dos momentos relevantes para concretar este deber de prevención: “[E]l primero es antes de la desaparición de la presunta víctima y el segundo antes de la localización de su cuerpo sin vida”. Respecto del segundo momento, antes del hallazgo, la Corte fija un estándar general que es de importante aplicación para toda la región:

“En cuanto a este momento –antes del hallazgo del cuerpo– corresponde dilucidar si, dadas las circunstancias particulares del caso y el contexto en que se inserta el Estado tuvo conocimiento

77 Ibid., párr. 279.

78 Ibid., párr. 284.

79 Ibid., párr. 283.

80 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

81 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154.

82 “Declaración y Plataforma de Acción Beijing”, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, aprobada en la 16° sesión plenaria el 15 de septiembre de 1995, párr. 116. En términos análogos, la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas había expresado que “algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres [...] niñas [...] son [...] particularmente vulnerables a la violencia”. Cfr. La eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/52. 52ª sesión, 17 de abril de 1998, considerando 6to. De forma más actual, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que “[t]anto los niños como las niñas corren el riesgo de sufrir todas las formas de violencia, pero la violencia suele tener un componente de género”. Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, supra.

de que existía un riesgo real e inmediato de que María Isabel fuera agredida y si, dado lo anterior, surgió un deber de debida diligencia que al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”. (**Caso Véliz Franco**, párr. 141).

Respecto de estas medidas especiales que debe adoptar el Estado para proteger a las niñas en situación de riesgo, la sentencia señala cuáles son los elementos que debió haber considerado el Estado: “a) el Estado tuvo oportunamente, o debió tener, conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato en que se encontraba a María Isabel Veliz Franco; b) si, en su caso, tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación y, de ser así, c) si concretó la diligencia debida con medidas o acciones para evitar la lesión de los derechos de la niña nombrada” (**Caso Véliz Franco**, párr. 142).

Al momento de aplicar estos elementos al caso concreto, la Corte establece algunos criterios de relevancia sobre el actuar del Estado más allá de los términos formales de la denuncia formulada respecto de la víctima (**Caso Véliz Franco**, párr. 147). Por último, la Corte se refiere a las posibilidades de una actuación estatal diligente para prevenir el riesgo y su concreción, estableciendo un estándar mínimo de diligencia para que una acción estatal pueda ser considerada una “acción sustantiva” (**Caso Véliz Franco**, párr. 155).

En este mismo sentido, es importante que en el caso Espinoza, al momento de dictar las medidas de reparación, haya dispuesto que el Estado se debe asegurar que las investigaciones de los hechos de violencia en contra de las mujeres se realicen con una perspectiva de género:

“Tal como se ha dispuesto en otras oportunidades relacionadas con este tipo de casos, tanto la investigación como el proceso penal consiguiente deberán incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto de la violencia sexual, a fin de evitar omisiones en la recolección de prueba, así como posibilitar a la víctima información sobre los avances en la investigación y proceso penal, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada durante la investigación y el juzgamiento en todas las etapas. Asimismo, la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. Además, deberá asegurarse que las personas encargadas de la investigación y del proceso penal, así como, de ser el caso, otras personas involucradas, como testigos, peritos, o familiares de la víctima, cuenten con las debidas garantías de seguridad. De igual modo, por tratarse de una violación grave de derechos humanos, ya que los actos de tortura fueron una práctica generalizada en el contexto del conflicto en el Perú, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación”. (**Caso Espinoza Gonzáles**, párr. 309)

4.2 Adopción de políticas públicas y programas institucionales que buscan eliminar estereotipos discriminatorios

En el caso **Velásquez Paiz**, la Corte es muy clara en señalar que el Estado no cumple con su obligación de garantía simplemente generando institucionalidad, sino que la actuación de estos órganos debe ser efectivo para erradicar las formas de discriminación, particularmente, las vinculadas con el género. Así, señala que las medidas institucionales “fueron insuficientes para solucionar el problema debido a la carencia de recursos asignados, la falta de coordinación entre las diversas instituciones y de una estrategia integral de protección”.

Asimismo, respecto de la actuación de los funcionarios la Corte encuentra establecido en los hechos del caso que “el Estado no demostró haber implementado las medidas necesarias a fin de que los funcionarios responsables de recibir denuncias de desaparición tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad de las mismas frente al contexto de violencia contra la mujer, así como la voluntad y entrenamiento para actuar de inmediato y de forma eficaz [...]”.

Como es posible ver, en todo el razonamiento de la Corte está presente el principio de la efectividad de las medidas. Las actuaciones del Estado deben estar en la línea la efectividad, lo que en casos de discriminación estructural implica una actividad más exigente para los diversos órganos del aparato de poder público.

www.dialogojurisprudencial.org

www.osidh.org

