

Acerca de la “discriminación estructural histórica” en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor**

SUMARIO: Introducción. I. La pobreza como parte de la prohibición de discriminar por la “posición económica” en los sistemas de protección de derechos humanos. II. La pobreza y la posición económica en la jurisprudencia interamericana. III. La pobreza como parte de la “posición económica” contemplada en la Convención Americana en el presente caso. IV. Las violaciones estructurales en el derecho internacional. V. Discriminación estructural, indirecta y de hecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. VI. El alcance de la discriminación estructural histórica en el caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. VII. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

1. Esta es la primera ocasión en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al

* El presente texto reproduce el Voto Razonado que emití en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. La jueza Elizabeth Odio se adhirió a dicho voto. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

** Juez y actual vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

fenómeno del trabajo esclavo —que en este caso involucra trabajos forzosos, servidumbre por deudas y trata de personas—; declarando responsable al Estado por infringir el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), respecto de los 85 trabajadores —principalmente varones y una sola mujer—, víctimas del presente caso, rescatados de la Hacienda Brasil Verde.

2. El Tribunal Interamericano analizó el contexto de discriminación basado en pobreza dentro del fenómeno de trabajo esclavo en Brasil (que data desde la mitad del Siglo XVIII), y que de manera sistemática permitió que las víctimas fueran objeto de trata de personas. Así, 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—,¹ 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.²

3. Por ese motivo emito el presente voto razonado, al considerar la necesidad de enfatizar y profundizar algunos elementos

¹ De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): “Entre 2013 y 2014, el número de pobres de la región se incrementó en alrededor de 2 millones de personas”. Según proyecciones de la CEPAL, la “tasa de pobreza se situaría en el 29.2% y la tasa de pobreza extrema en el 12.4%, lo que representaría aumentos de 1,0 y 0,6 puntos porcentuales, respectivamente. De confirmarse estas proyecciones, 175 millones de personas se encontrarían en situación de pobreza por ingresos en 2015, 75 millones de las cuales estarían en situación de indigencia”. Cfr. ONU, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2015*, (LC/G.2691-P), Santiago, 2016, p. 18.

² 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, párrs. 341 a 343, y Resolutivo 4.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

del caso en relación con el reconocimiento de la pobreza como parte la prohibición de discriminación por la posición económica reconocido en el artículo 1.1 y la identificación de las circunstancias de *discriminación estructural histórica* que se evidenciaron en la sentencia. Para una mayor claridad, se expondrán a continuación: *I*) La pobreza como parte de la prohibición de discriminar por la “posición económica” en los sistemas de protección de derechos humanos (párrs. 4-25); *II*) La pobreza y la posición económica en la jurisprudencia interamericana (párrs. 26-44); *III*) La pobreza como parte de la “posición económica” contemplada en la Convención Americana en el presente caso (párrs. 45-55); *IV*) Las violaciones estructurales en el derecho internacional (párrs. 56-71); *V*) Discriminación estructural, indirecta y de hecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (párrs. 72-80); *VI*) El alcance de la discriminación estructural histórica en el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde (párrs. 81-96), y *VII*) Conclusiones (párrs. 97-100).

I. LA POBREZA COMO PARTE DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR POR LA “POSICIÓN ECONÓMICA” EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

4. Tanto este Tribunal Interamericano, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH” o “Tribunal Europeo”), han coincidido en que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta interpretación evolutiva no solo debe aplicarse a la interpretación de los derechos establecidos en los numerales 3 al 26 de la Convención Americana, sino también debe tenerse en consideración para configurar categorías especiales de protección a la luz del artículo 1.1.³

³ En este sentido, la Corte IDH ha considerado que: “Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva”

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

5. Así, al interpretar el Pacto de San José debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁴. En su labor interpretativa, la Corte IDH, ha expresado que la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación” ni de qué grupos “son sometidos a discriminación”; sin embargo, a partir de diversas referencias en el *corpus iuris* en la materia, el Tribunal Interamericano ha señalado que la discriminación se relaciona con:

*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*⁵

va es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer Vs. Reino Unido* (1978), *Marckx Vs. Bélgica* (1979), *Loizidou Vs. Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 84; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106; *Caso Ricardo Canese. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 181, y *Caso Herrera Ulloa. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 184.

⁵ Cfr. 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, párr. 253; y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81. Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989,

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

6. Bajo este panorama, generalmente, el derecho internacional y el derecho constitucional han identificado un conjunto determinado de grupos por los cuales la discriminación, con base en esos motivos, tendría que ser justificada de manera objetiva y razonable para considerar que no se viola el derecho a la igualdad en cuanto al disfrute y garantía de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales o en las constituciones. No obstante, lo cierto es que este listado no es absoluto ni literal, por lo que en muchos casos —como en el que nos ocupa— será necesario delimitar el contenido de esas categorías para ser aplicadas en el caso concreto.

7. Así, por ejemplo, la “pobreza” no ha sido reconocida de manera expresa como una categoría de especial protección; ello no significa, sin embargo, que la pobreza no pueda ser valorada como parte de alguna categoría que sí se encuentre reconocida de manera expresa o bien que se incorpore como parte de “otra condición social”. En esta tesitura, los diversos sistemas protección de derechos humanos (regionales y universal) tienen sus particularidades en cuanto al reconocimiento de la pobreza como parte de la categoría de prohibición de discriminación “por posición económica”; lo anterior, no ha sido impedimento para que se permeen obligaciones en cuanto a la erradicación de la pobreza, si bien no como parte de una categoría de especial protección, sí como una situación agravante de las condiciones sociales en las que viven las personas, y que pueden variar caso a caso.

i) Sistema Europeo de Derechos Humanos

8. En cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio Europeo” o “el CEDH”) y en el artículo 1º del Protocolo 12 al CEDH, se establecen las cláusulas de igual

CCPR/C/37, párr. 6. Dicho Comité elaboró tal definición, en el ámbito universal, tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

protección (subordinada y autónoma, respetivamente). Dichas disposiciones establecen:

*ARTÍCULO 14. Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*⁶

*ARTÍCULO 1 del Protocolo No. 12. Prohibición general de la discriminación. 1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*⁷

9. En relación al alcance del artículo 14 del Convenio Europeo (Prohibición de discriminación a la luz de las disposiciones de la Convención) y del artículo 1 del Protocolo No. 12 (Prohibición de discriminación a la luz de la normativa interna), el Tribunal Europeo ha precisado que a pesar de la “diferencia” de alcance entre las mismas (disposiciones de la Convención y la ley interna), la interpretación de “prohibición de discriminación” es idéntica entre ambas disposiciones; así, el Tribunal Europeo aplica la misma interpretación sobre la prohibición de discriminación que ha desarrollado a la luz del artículo 14 del Convenio Europeo para el artículo 1 del Protocolo No. 12.⁸

10. Con independencia de lo anterior, el Convenio Europeo no contiene la discriminación por posición económica o por pobreza de manera expresa. Lo anterior no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo haya desarrollado jurisprudencia respecto a las condiciones económicas que muchas de las víctimas han enfrentado.

⁶ Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en 1951, art. 14.

⁷ Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 2000, art. 1.

⁸ Cfr. TEDH. *Caso Zornic Vs. Bosnia y Herzegovina*, No. 3681/06, Sentencia de 15 de julio de 2014, párr. 27.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

11. En este sentido, el artículo 14 del CEDH, ha sido asociado de manera implícita, accesoria e indirecta respecto de derechos y libertades protegidos por el CEDH. Así, la prohibición de discriminación contemplada en el Convenio Europeo se ha relacionado con el derecho a la vida (art. 2 del CEDH) por las condiciones de vida o asistencia;⁹ la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes o el respeto a la vida privada y familiar (arts. 3 y 8 del CEDH) relacionándolo con un nivel de vida digna,¹⁰ o el derecho a la protección de la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH) respecto de la privación de los derechos custodia de niñas y niños y su colocación en una institución estatal¹¹ y el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo No. 1 del CEDH).¹²

12. De igual manera, en el seno del Sistema Europeo, un dato sobresaliente lo encontramos en la Carta Social Europea, en el artículo 30, que protege *a las personas contra la pobreza y la exclusión social*, por lo que los Estados se comprometen “a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, a la asistencia social y médica, *de las personas que se encuentren o corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias*”.¹³

13. Este precepto de la *Carta Social Europea* tiene explícitamente como finalidad aliviar la pobreza y la exclusión social obligando a los Estados a tener un enfoque integral con respecto de esas cuestiones. Así, se entiende *pobreza* como aquella que cubre a personas que se encuentran en situaciones que van de la pobreza extrema por varias generaciones en esas familias, a aquellos que están expuestos provisionalmente al riesgo de sufrirla. Por su

⁹ Cfr. TEDH. *Nencheva Vs. Bulgaria*, No. 48609/06 Sentencia de 18 de junio de 2013.

¹⁰ Cfr. TEDH. *Moldovan y Otros Vs. Rumania*, no. 41138/98, Sentencia de 12 de julio de 2005 y *O'Rourke Vs. Reino Unido*, No. 39022/97, Sentencia de 26 de junio de 2001.

¹¹ Cfr. TEDH. *Caso Wallova y Wallov Vs. República Checa*, No 23848/04, Sentencia de 26 de octubre de 2006.

¹² Cfr. TEDH. *Öneryildiz Vs. Turquía*, No. 48939/99, Sentencia de 20 de noviembre de 2004.

¹³ *Carta Social Europea*, aprobada el 18 de octubre de 1961, art. 30.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

parte, la expresión *exclusión social*, se entiende como la situación de las personas que se encuentran en una posición de pobreza extrema debido a una acumulación de desventajas, que sufren situaciones o acontecimientos degradantes o marginalización, cuyos derechos a recibir ciertos beneficios (brindados por el Estado) pueden haber expirado hace tiempo o cuyas situaciones es producto de circunstancias concurrentes.¹⁴

ii) Sistema Africano de Derechos Humanos

14. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos —o Carta de Banjul— dispone en su artículo 2 que “[t]odo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social o nacional, fortuna, nacimiento u otro status”. En este sentido ni la posición económica ni la pobreza son categorías de protección especial de manera expresa, lo que no impide que sean incorporadas mediante “*u otro status*”.

15. En el caso *Endorois vs. Kenia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, consideró dentro de la violación del artículo 17.2 (participación en la vida cultural de la comunidad) y 17.3 (protección de los valores culturales) que el Estado debía tomar acciones positivas para erradicar las dificultades que enfrentaban las comunidades indígenas, entre ellas, la pobreza extrema. Así, estableció que:

48. [...] el Estado demandado tiene una obligación reforzada en los términos de no sólo tomar medidas positivas para proteger a los grupos y comunidades, como los Endorois, sino que también debe promover los derechos culturales, incluyendo la creación de políticas, instituciones u otros mecanismos que den oportunidades que permitan a las diferentes culturas y formas de vida su existencia, esto debido a los desafíos que

¹⁴ Khaliq, Urfan y Churchill, Robín *El Comité Europeo de Derechos Sociales: darle cuerpo al esqueleto de la Carta Social Europea*, en Langford, Malcolm (edit.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2013.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

*enfrentan las comunidades indígenas. Estos desafíos incluyen la exclusión, la explotación, la discriminación y la pobreza extrema [...].*¹⁵

16. Si bien la Carta de Banjul constituye uno de los instrumentos más progresistas en cuanto a la incorporación de derechos —al reconocer expresamente el *Derecho al Desarrollo* en su artículo 22— lo cierto es que el Sistema Africano no cuenta con grandes desarrollos jurisprudenciales sobre las condiciones de pobreza o la posición económica,¹⁶ en gran medida dado el contexto del continente africano.

iii) Sistema Universal de Derechos Humanos

17. En cuanto al Sistema Universal de Derechos Humanos, cuatro instrumentos son los que han definido lo que debe entenderse por el término “discriminación”: i) el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958);¹⁷ ii) la Convención de

¹⁵ CADHP, Caso 276/03: Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Vs. Kenya, 25 de noviembre de 2009.

¹⁶ El Artículo 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone que: 1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad y 2. Los Estados tendrán el deber, individual o colectivamente, de garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo. El Sistema Africano de Derechos Humanos presenta menos problemas al momento de hacer efectivos los derechos de carácter económico, social y cultural. Como se mencionó anteriormente, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981, contempla tanto derechos civiles y políticos como derechos de índole económico, social y cultural. Ssenyonjo, Manisuli, *Economic, “Social and Cultural Rights in the African Charter”*, en Ssenyonjo, Manisuli (edited), *The African Regional Human Rights System: 30 years after the African Charter on Human and People’s Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 57. En similar sentido véase: Alemahu Yeshanew, Sissay, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 241.

¹⁷ El artículo 1.1. del Convenio señala: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o pre-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960);¹⁸ iii) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965),¹⁹ y iv) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).²⁰ Es decir, estas definiciones reconocen como categorías expresas la prohibición de discriminación centrada por raza, color, linaje u origen nacional, origen étnico, origen social, sexo, religión, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, de nacimiento, ascendencia nacional u origen social. En cuanto a la “posición económica” solo la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, reconoce este motivo de discriminación.

ferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; [y] (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

¹⁸ El artículo 1.1 de la Convención establece: “A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza (...)”.

¹⁹ El artículo 1.1 de la Convención dispone “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

²⁰ El artículo 1 de la Convención señala “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera [...]”.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

18. En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), ambos pactos contemplan la prohibición de discriminación por “posición económica”.²¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Comité DESC”), en su Observación General No. 20, ha señalado que el crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y formas contemporáneas de discriminación.²²

19. Además, el Comité DESC ha constatado que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está frecuentemente arraigada al comportamiento y a la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica (e histórica en algunos casos), puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos sociales y privilegios para otros.²³

²¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el artículo 2.1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece en el artículo 2.2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²² Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 1.

²³ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 12.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

20. En cuanto a la posición económica como categoría de especial protección, el Comité DESC ha señalado que, como motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces y los bienes personales o la carencia de ellos,²⁴ es decir, una de las facetas de la pobreza. Sobre este punto, el Comité DESC ha considerado que la *pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.*²⁵

21. Por su parte, los Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos (en adelante “los PREPDH”), definen a la *extrema pobreza*, como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social”,²⁶ en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible.²⁷

22. Adicionalmente, en los PREPDH se considera que:

3. La pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones. *La extrema pobreza se caracteriza por vulneraciones múltiples e*

²⁴ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 25.

²⁵ ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 10 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 8.

²⁶ ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 2.

²⁷ ONU, Consejo Económico y Social, Subcomisión para la prevención de la discriminación protección de las minorías, *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Reporte final del Relator Especial sobre extrema Pobreza*, 28 de junio de 1996, véase E/CN.4/Sub.2/1996/13, pág. 58.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad.

4. Las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente —como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud—, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. *Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente*²⁸. (Énfasis añadido).

23. La Relatora Especial para la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos ha considerado que las personas que viven en la pobreza son objeto de discriminación por la propia pobreza; y muchas veces también porque pertenecen a otros sectores desfavorecidos de la población, como los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y las personas que viven con el VIH/SIDA, entre otros.²⁹ Es decir, si bien generalmente las personas que se encuentran en condiciones de pobreza coincidentemente pueden pertenecer a otros sectores vulnerables (mujeres, niños, personas con discapacidad, indígenas, afrodescendientes, personas adultas, etc.), no excluye que las personas en situación de pobreza no se vinculen con otra categoría.

24. Esta tendencia también ha sido recogida por otros Relatores de Naciones Unidas que hacen una diferenciación entre los grupos tradicionalmente reconocidos y las personas que viven en situación de pobreza, reconociéndolas como personas que merecen especial protección en el respeto y la garantía de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

²⁸ ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principios 3 y 4.

²⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36 párr. 42.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

25. De este modo encontramos pronunciamientos de las Relatorías Especiales de Naciones Unidas sobre: i) la trata de personas, especialmente las mujeres y niños;³⁰ ii) el derecho al agua;³¹ iii) defensoras y defensores de derechos humanos;³² iv) el derecho a la educación;³³ v) la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible;³⁴ vi) el de-

³⁰ La Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños ha puesto en manifiesto que la pobreza es un factor importante de vulnerabilidad de las personas víctimas de trata. *Cfr. ONU, Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños*, Joy Ngozi Ezeilo, 6 de agosto de 2014, A/69/269, párr.12.

³¹ En cuanto al Relator sobre el derecho al agua, han expresado que los Estados deben cumplir sus obligaciones de derechos humanos relacionadas con el saneamiento de forma no discriminatoria. Están obligados en este sentido, a prestar atención a los grupos particularmente vulnerables a la exclusión y a la discriminación en relación con el saneamiento, entre otros, *las personas que viven en la pobreza [...]*. Se debe dar prioridad a satisfacer las necesidades de estos grupos y, en caso necesario, se deben adoptar medidas positivas para corregir la discriminación existente y garantizar el acceso a los servicios de saneamiento. De esta manera, los Estados están obligados a eliminar la discriminación *de jure* y *de facto* por diversos motivos. *Cfr. ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el Acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina Alburqueque, 1 de julio de 2009, A/HRC/12/24, párr. 65.

³² La Relatora sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos ha expresado que, sobre la cuestión sobre defensores de los derechos humanos, se ha informado acerca de los riesgos que afrontan los defensores de derechos humanos de las comunidades locales, incluidos, los pueblos indígenas, las minorías y *las personas que viven en condiciones de pobreza*. *ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la situación de defensores de los derechos humanos*, Margaret Sekkagya, 5 de agosto de 2013, A/69/262, párr. 15.

³³ El Relator Especial sobre el Derecho a la Educación ha manifestado que se debe asegurar la disponibilidad de recursos específicos para abordar las causas básicas de la exclusión de la educación de las niñas, *los que viven en la pobreza* o con discapacidades, las minorías étnicas y lingüísticas, los migrantes y otros grupos marginados y desventajados. *ONU, Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, Kishore Singh, 5 de agosto de 2011, A/66/269, párr. 47.

³⁴ El Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible expresó que, como ha reconocido el Consejo

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

recho a una vivienda adecuada,³⁵ y vii) el derecho a la alimentación.³⁶

II. LA POBREZA Y LA POSICIÓN ECONÓMICA EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

26. El tema de la pobreza y la posición económica ha estado presente a lo largo de la jurisprudencia de este Tribunal Interamericano; muchas violaciones de derechos humanos traen aparejadas situaciones de exclusión y de marginación por la propia situación de pobreza de las víctimas. Hasta ahora, en la totalidad de los casos, se ha identificado a la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos sometidas a esta condición.

27. En el caso del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (2004), en cuanto a las reparaciones, la Corte IDH tuvo

de Derechos Humanos, quienes ya son vulnerables debido a factores tales como la situación geográfica, la pobreza, el género, la edad, la condición de indígena o minoría, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquier otra condición social y la discapacidad sufren los peores efectos del cambio climático. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, Jhon H. Knox, 1 de febrero de 2016 A/HRC/31/52 , párr. 27.

³⁵ La Relatora Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada se ha pronunciado en el sentido de señalar que la desigualdad en el acceso a la tierra y la propiedad, que afecta a los grupos marginados (incluidos mujeres, migrantes y todas las personas que viven situación de pobreza), ha quedado plasmada en la desigualdad en materia de vivienda y la segregación especial, lo que ha dividido a las ciudades entre los que poseen tierras y propiedades, y tienen acceso a la infraestructura y los servicios básicos, y los que no. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación*, Leilani Farha, 2 de agosto de 2015, A/70/270, párr. 54.

³⁶ El Relator sobre el Derecho a la Alimentación ha considerado que, por ejemplo, los trabajadores agrícolas están en una situación especialmente vulnerable pues el 60% de ellos viven en la pobreza en numerosos países. ONU, *Informe del Relator sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, 8 de septiembre de 2008, A/HRC/9/23, párr. 16.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

presente que en este caso había niños que se encontraban en un estado manifiesto de pobreza y que habían sido víctimas de graves violaciones a derechos humanos.³⁷

28. En el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005), el Tribunal Interamericano dio por probado que los miembros de dicha comunidad habían sido forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y se encontraron en situación de desplazamiento continuo, en la Guyana Francesa o en otras partes de Suriname. Asimismo, la Corte IDH consideró que los miembros de la Comunidad habían sufrido pobreza y privaciones desde su huida de la Aldea de Moiwana, dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se había visto limitada drásticamente.³⁸

29. En el caso *Servellón García vs. Honduras* (2005), la Corte IDH consideró que los Estados tenían la obligación de asegurar la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados. Del mismo modo, el Tribunal destacó, como lo había hecho en el caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden conducirlos a cometer actos ilícitos, deben extremar las medidas de prevención del delito. El Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.³⁹

30. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* (2005), el juez *ad hoc* Ramón Foguel en su voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente, explicitó que la extrema pobreza en el caso de las comunidades indígenas, en

³⁷ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 262.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 186.

³⁹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

especial las afectadas por la pobreza dura, implica la denegación sistemática de la posibilidad de gozar de derechos inherentes al ser humano. Para el juez *ad hoc*, la Comunidad Yakye Axa, ciertamente estaba afectada por la extrema pobreza.⁴⁰ De igual manera, el juez *ad hoc* sugiere que en este punto debe tomarse en consideración lo señalado por la Corte IDH en el sentido de que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales pues la Corte ha señalado también que la interpretación evolutiva, en concordancia con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido en medida importante a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴¹

31. Bajo esta óptica, el juez *ad hoc* señala que, a su juicio, en la interpretación evolutiva del derecho a la vida, consagrada en la Convención Americana, debe tomarse en consideración la *condición socio económica* del Paraguay y de la mayoría de los países latinoamericanos, marcada por el crecimiento de la pobreza extrema, en términos absolutos y relativos, a pesar de la implementación de las políticas de protección social. Para el juez Foguel, la interpretación del derecho a la vida no solo se trata de observar el cumplimiento, por parte del Estado, de prestaciones propias de protección social, que garanticen temporalmente condiciones de vida mínimas, sin atender las causas que subyacen a la producción de la pobreza, que reproducen sus condiciones y producen nuevos pobres. El juez considera que lo anterior plantea la necesidad de vincular las medidas de erradicación de la pobreza del conjunto de fenómenos que la originan, teniendo en cuenta la incidencia de las decisiones que se toman a nivel de Estados, de órganos multinacionales y multilaterales pues en la reproducción de las condiciones de pobreza existen responsabilidades de actores e

⁴⁰ Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 28.

⁴¹ Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 32.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

instituciones internacionales y nacionales comprometidas.⁴² Así, concluye considerando que:

36. En los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente, la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y actúe en consecuencia, de modo a facilitar la identificación de perpetradores sobre los cuales recae la responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligada a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye una “masiva, flagrante y sistemática violación de derechos humanos”, en un mundo crecientemente interdependiente. En esta interpretación del derecho a la vida que acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales se debe prestar atención a las causas productoras de pobreza extrema y a los perpetradores que están detrás de ellas. En esta perspectiva no cesan las responsabilidades internacionales del Estado [...] y de los otros Estados signatarios con la Comunidad Internacional que requiere nuevos instrumentos.⁴³

32. En el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005), la Corte IDH constató que, dadas las características de las masacres, los daños sufridos por las familias, aunado al miedo de los familiares a que se repitieran hechos similares, al amedrentamiento y amenazas recibidas por algunos hechos por parte de paramilitares, así como a dar su testimonio o de haberlo dado, provocó el desplazamiento interno de muchas familias de Mapiripán. Además, el Tribunal Interamericano consideró que era posible que algunos de los familiares desplazados no vivieran en Mapiripán al momento de los hechos sino en los alrededores, pero se vieron igualmente obligadas a desplazarse como consecuencias de los mismos. La Corte IDH constató que tal como se desprendía de los propios testimonios, muchas de esas personas

⁴² Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 33.

⁴³ Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 36.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

habían enfrentado graves condiciones de pobreza y la falta de acceso a muchos servicios básicos.⁴⁴

33. En el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), la Corte IDH estableció que la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan 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, marginación y niñez.⁴⁵

34. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), el Tribunal Interamericano tomó en cuenta que los grupos que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza, niños, y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento de riesgo por padecer discapacidades[...]. De esta manera, la Corte IDH consideró que era directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias, para prevenir las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que (tengan alguna limitación) el tratamiento preferencial apropiado a su condición (especial de vulnerabilidad).⁴⁶

35. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), el Tribunal Interamericano expresó que resaltaba la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post embarazo y que eran causas

⁴⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 180.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de alta mortalidad y morbilidad. Por ello, los Estados debían de brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y posparto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección.⁴⁷

36. En el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010), la Corte IDH señaló, que de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, los Estados debían de asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y deben tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del menor. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de las niñas y los niños, en condición particular de vulnerabilidad. En este caso, se consideró que de conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no solo durante la denuncia penal, sino durante todo el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una (mujer) indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.⁴⁸

37. En el caso *Furlan y otros vs. Argentina* (2012), reiterando la relación entre la pobreza y la discapacidad,⁴⁹ la Corte IDH observó que el asesor de menores no fue notificado por el juez de

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 201.

⁴⁹ 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, párr. 201.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

proceso civil mientras Sebastián Furlan era un niño, cuando se contó con los peritajes que daban cuenta del grado de su discapacidad; razón por la cual Sebastián Furlan no contó con una garantía, no solo obligatoria en el ámbito interno, sino que además habría podido intervenir mediante las facultades que le concedía la ley a coadyuvar en el proceso civil. Teniendo en cuenta lo anterior, en las circunstancias específicas del caso, la Corte IDH notó que el asesor de menores e incapaces [sic] constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan por el efecto negativo que generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad.⁵⁰

38. En el caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela* (2012), respecto del derecho de propiedad, la Corte IDH consideró que por las circunstancias en las que tuvieron lugar y, muy especialmente, por la condición socio económica de vulnerabilidad de la familia Uzcátegui, los daños ocasionados a la propiedad con motivo de su allanamiento, tuvieron para aquella un efecto o magnitud mayores que los que hubiesen tenido para otros grupos familiares. En este sentido, la Corte IDH estimó que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento de grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad.⁵¹

39. En el marco del conflicto armado interno y de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la Corte IDH ha considerado que las personas en situación de pobreza dada su condición socioeconómica y vulnerabilidad enfrentan de diferente manera (en mayor magnitud) la violación de derechos humanos que los que hubieren enfrentado otras personas o grupos en otras

⁵⁰ 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, párr. 243.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 204.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

condiciones.⁵² En el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012), el Tribunal Interamericano probó que después de que los pobladores de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus hogares y desplazarse, como consecuencia de los hechos violentos de los cuales habían sido objeto, se produjeron saqueos en algunas de las viviendas y tiendas de Santo Domingo, así como los daños y destrucciones a los bienes muebles e inmuebles.⁵³

40. En el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012), respecto al análisis de la prohibición de la fecundación in vitro, la Corte IDH señaló que ésta tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero; así, varias de las víctimas no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la fecundación in vitro en el extranjero⁵⁴ constituyéndose una discriminación indirecta.⁵⁵

41. En los casos *Yean y Bosico* (2005) y de las *personas dominicanas y haitianas expulsadas* (2014), ambos contra República Dominicana, se dio por probado que muchas de las personas haitianas en República Dominicana sufrían condiciones de pobreza y marginalidad derivada de su estatus legal y de su falta de oportunidades.⁵⁶

⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 273.

⁵³ Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 274.

⁵⁴ 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, párr. 303.

⁵⁵ 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, párr. 288 a 302.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 139, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 158.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

42. En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015), en relación a la salud de la víctima, la Corte IDH notó que en el Protocolo de San Salvador, entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados debían impulsar la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.⁵⁷

43. En este caso, la Corte IDH consideró que confluyeron de 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. De igual manera, la Corte IDH expresó que la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención de 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 la víctima 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. En suma, a criterio del Tribunal Interamericano, el caso de la víctima ilustra como la estigmatización relacionada con el VIH no impactaba de forma homogénea en todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.⁵⁸ Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH concluyó que la víctima sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza.⁵⁹

⁵⁷ 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, párr. 193.

⁵⁸ 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, párr. 290.

⁵⁹ 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, párr. 291.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

44. Como podemos observar, la posición económica (pobreza o condición económica) en la jurisprudencia interamericana ha estado vinculada de tres maneras distintas: en primer lugar, pobreza o condición económica asociada a grupos de vulnerabilidad tradicionalmente identificados (niños, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, migrantes, etc.); en segundo lugar, pobreza o condición económica analizada como una discriminación múltiple/compuesta⁶⁰ o interseccionada⁶¹ con otras categorías; y, en tercer lugar, pobreza o condición económica analizada de manera aislada dadas las circunstancias del caso sin vincularla con otra categoría de especial protección.⁶² No obstante, en ningún caso había sido analizado este tercer supuesto a la luz de la pobreza como parte de la posición económica, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, siendo la primera vez el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, que motiva el presente voto razonado.

III. LA POBREZA COMO PARTE DE LA “POSICIÓN ECONÓMICA” CONTEMPLADA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA EN EL PRESENTE CASO

45. Si bien los tribunales regionales de derechos humanos no se han pronunciado sobre la discriminación por la posición económica derivada de la pobreza que sufren las personas en sus jurisdicciones —factor que quizá se deba a que, a diferencia de la CADH, el Convenio Europeo y la Carta Africana no contienen expresamente la prohibición de discriminación por “posición económica”—; lo cierto es que la Corte IDH, como se ha evidenciado, va en la misma dirección que el Sistema Universal al reconocer que las personas que viven en situación de pobreza son personas

⁶⁰ Véase: Corte IDH. *Caso Artavía 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.

⁶¹ Véase: 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.

⁶² Véase: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

que se encuentran protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana por su posición económica. De esta forma, el Tribunal Interamericano, adiciona una forma más de entender la pobreza, como parte de una categoría de protección especial.

46. La Corte IDH reconoció en la sentencia, por primera vez, que los hechos discriminatorios del presente caso se derivaron por la posición económica —por su situación de pobreza— de las 85 víctimas que se encontraban dentro de la Hacienda Brasil Verde. Así, se pronunció en el sentido de establecer que:

339. [...] en el presente caso algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: **[i)]se encontraban en una situación de pobreza, [ii)]provenían de las regiones más pobres del país, [iii)]con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo, [iv)] eran analfabetas, y [v)] 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 [...].

341. Una vez constatada la situación anterior, la Corte estima que el Estado no consideró la vulnerabilidad de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 **en virtud de la discriminación en razón de la posición económica a la que estaban sometidos.** Lo anterior constituye una violación al artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de ellos⁶³. (Énfasis añadido).

47. En este sentido, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo, ni literal o limi-

⁶³ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 341.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tativo sino meramente enunciativo.⁶⁴ A diferencia de otros casos en los cuales la Corte IDH ha ampliado el catálogo de categorías de especial protección dispuesto en el artículo 1.1 del Pacto de San José,⁶⁵ incorporando, por ejemplo, la identidad de género o la orientación sexual,⁶⁶ o la discapacidad,⁶⁷ en la Sentencia, lo que la

⁶⁴ Por ejemplo, la Corte IDH ha referido que la redacción del artículo 1.1 deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. Así, la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. *Cfr. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85.

⁶⁵ Con anterioridad, la Corte ha ampliado el catálogo de categorías de protección especial que se encontraban expresadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana que fue aprobada en 1969. Así en la *Opinión Consultiva No. 18, sobre la condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 2003, además de la “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, también consideró el “género, la edad, el patrimonio y el estado civil” como categorías –no expresadas– de especial protección a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana. *Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

⁶⁶ En el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, a partir de la cláusula “otra condición social”, el Tribunal Interamericano tomando en consideración las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de la dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los Organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. 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. 91.

⁶⁷ En los casos *Ximenes Lopes Vs. Brasil; Furlan y familiares Vs. Argentina*, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*, sin hacer mención expresa de la cláusula “otra condición social”, consideró que las personas con discapacidad son personas que dentro de las disposiciones de la Convención merecen una protección especial por su condición de vulnerabilidad. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vi-*

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

Corte IDH hace es delimitar el alcance y el contenido de la prohibición de discriminación por “posición económica” mediante el análisis de las circunstancias de pobreza en las cuales se encontraban 85 de las víctimas del presente caso.

48. Al respecto, la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, ha expresado que:

“18. [L]a discriminación está prohibida por varios motivos enumerados, entre los cuales figuran la posición económica y social, como lo da a entender la frase ‘cualquier otra condición social’, que se incluye como motivo de discriminación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las medidas de penalización están dirigidas a las personas por sus ingresos, apariencia, modo de hablar, domicilio o necesidades se les identifica como pobres. Es por ello que tales medidas claramente constituyen discriminación basada en la condición económica y social”.⁶⁸

Además, añadió:

“En su jurisprudencia, el Comité de Derechos Humanos ha reiterado que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva y que la frase “cualquier otra condición social” no está sujeta a una sola interpretación. [Por otro lado,] en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se incluye de manera expresa la [posición] económica y [origen] social entre los motivos de discriminación. Otros motivos prohibidos de discriminación, como “la posición económica” e incluso “el origen social”, también pueden ser pertinentes al abordar cuestiones relacionadas con la pobreza.⁶⁹ (Énfasis añadido).

tro”) vs. *Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 292 y 285; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134, y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

⁶⁸ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 4 agosto de 2011, A/66/265, párr. 18.

⁶⁹ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 4 agosto de 2011, A/66/265, nota al pie no. 7.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

49. En ese sentido, la Corte IDH —como bien lo señala la sentencia— se ha pronunciado en el sentido de establecer 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 Interamericano recordó 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,⁷⁰ *como la extrema pobreza o marginación*.⁷¹

⁷⁰ Cfr. 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, párrs. 292 y 285; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 244; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103, y *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113.

⁷¹ Cfr. 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. En similar sentido la Corte también ha expresado que “los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales [...]”. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104. En el *Caso Xákmok Kásek* la Corte consideró que “la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna”. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

50. Así, la pobreza forma parte del contenido de la prohibición de discriminar por la posición económica de una persona o de un grupo de personas. Además, la pobreza, al ser un fenómeno multidimensional⁷² puede ser abordada desde diferentes categorías de protección a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana; como lo puede ser la posición económica, el origen social o bien mediante otra condición social,⁷³ pudiendo darse de manera separada, múltiple o interseccional la protección de estas categorías de protección, atendiendo al caso en concreto.⁷⁴

51. En relación a los hechos del presente caso, el Tribunal Interamericano arribó a esta conclusión debido a que las personas que se encuentran en situación de pobreza son más propensas a sufrir trata de personas,⁷⁵ como sucedió en el caso de los 85

⁷² Sobre la multidimensionalidad de la pobreza puede verse: ONU, *Informe presentado por el experto independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*, Sr. Arjun Sengupta, A/HRC/5/3, 31 de mayo de 2007, párrs. 6 al 11.

⁷³ En similar sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 20, ha indicado que la inclusión de “*cualquier otra condición social*” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos [no expresos] en esta categoría. Así ha expresado que el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que: i) no puede justificarse de forma razonable y objetiva, y ii) *que tenga un carácter comparable* con los motivos expresos reconocidos. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado [y/o] que lo siguen siendo en la actualidad. En ese sentido, el Comité DESC ha expresado que otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser producto o una intersección de dos o más causas prohibidas de discriminación, expresas o no expresas. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párrs. 15 y 27.

⁷⁴ Cfr. ONU, *Informe presentado por el experto independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*, Sr. Arjun Sengupta, A/HRC/5/3, 31 de mayo de 2007, párr. 9.

⁷⁵ Cfr. ONU, *Informe de la Sra. Joy Ngozi Ezeilo, Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 6 de agosto de 2014, A/69/269, párrs.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. Respecto al vínculo del trabajo, la pobreza y las nuevas formas de esclavitud, los PRE-PDH señalan que:

83. Tanto en las zonas rurales como en las urbanas, las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas al desempleo o el subempleo y al trabajo ocasional sin garantías, con bajos salarios y condiciones de trabajo inseguras y degradantes. Esas personas suelen trabajar al margen de la economía formal y sin prestaciones de la seguridad social, por ejemplo, sin licencias de maternidad, licencias por enfermedad, pensiones o prestaciones por discapacidad. Pueden pasar la mayor parte de las horas del día en el lugar de trabajo, logrando apenas sobrevivir con sus ingresos y sufriendo la explotación, en forma de trabajo forzoso o en régimen de servidumbre, despidos arbitrarios y abusos.⁷⁶ (Énfasis añadido).

52. En este sentido, la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias ha expresado que:

48. Los trabajadores en condiciones de servidumbre *pertenecen casi siempre* a grupos socialmente excluidos, como los indígenas, las minorías y los migrantes, que sufren aun más que otros discriminación y exclusión política.⁷⁷

Además:

38. En muchos países en donde se dan los casos de esclavitud, las víctimas son pobres, con pocas conexiones políticas y escaso po-

12 y 17. f; ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo*, 1 de abril de 2014, A/HRC/26/37, párr. 41, y ONU, *Mandato de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 17 de julio de 2014 A/HRC/RES/26/8.

⁷⁶ ONU, *Principios Rectores sobre extrema pobreza y derechos humanos*, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 83.

⁷⁷ ONU, *Informe de la Relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y sus consecuencias*, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009, párr. 48.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

der de expresar quejas. *Estos grupos están normalmente marginados y discriminados* por motivo de su casta, raza, sexo, y/o su origen como migrantes indígenas.⁷⁸

53. Es decir, si bien *generalmente, normalmente o casi siempre* las víctimas que son objeto de esclavitud y sus formas análogas son personas pobres que han sido históricamente discriminadas por motivo de su raza, sexo, y/o su origen como migrantes indígenas, no excluye que existan personas que no necesariamente se encuentren incluidas dentro de estas categorías expresas, pero que de igual manera sean pobres, marginados o excluidos. No obstante, es de resaltar que cuando, además de la situación pobreza medie otra categoría, como la raza, género, el origen étnico, etc., dispuesta en el artículo 1.1 se estará ante una situación múltiple/compuesta o interseccional de discriminación, atendiendo a las particularidades del caso⁷⁹ y como ha sido reconocido en otras ocasiones por el Tribunal Interamericano.⁸⁰

54. Para los fines del derecho antidiscriminatorio, la posición económica alude a situaciones estructurales de negación, por diversas circunstancias, a un sector de la población, de necesidades generales de vida digna y autónoma. Debe entenderse, pues, dentro del conjunto de situaciones que impiden que una persona desarrolle una vida digna, como el acceso y disfrute a los servicios sociales más básicos. En este sentido, las condiciones de dignidad se refieren a la posibilidad, por ejemplo, de ejercer un trabajo o bien el goce de bienes, tales como vivienda, educación, salud, esparcimiento, servicios públicos, seguridad social,

⁷⁸ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*. Informe temático sobre las dificultades y enseñanzas de la lucha contra las formas contemporáneas de la esclavitud, 1 de julio de 2013, A/HRC/24/43, párr. 38.

⁷⁹ 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, párr. 290.

⁸⁰ 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, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cultura, dado que es la situación frente a ellos la que configura la condición económica social del individuo.⁸¹ Lo anterior se hace más evidente en América Latina respecto a las mujeres, en razón de la falta de autonomía económica y de circunstancias más agudas de incidencia de pobreza en relación con los hombres, lo que exige de los Estados la adopción de acciones específicas para solucionar esa situación de desigualdad de género en el impacto de la pobreza.⁸²

55. En suma, el Tribunal Interamericano ha ido ampliando y delimitando el contenido de las categorías por las cuales personas o grupos de personas no pueden ser discriminadas, que en algunos casos, han respondido a las realidades sociales que se han ido presentando con la evolución de las mismas; en donde, además, no se vinculan de manera individual sino que responden a diversos factores y barreras sociales y culturales de manera conjunta, como lo ha sido la condición de VIH que puede ser generadora de discapacidad, la infertilidad como forma de discapacidad que tiene otras repercusiones en el género, o la situación de desventaja de un trabajador por su estatus de migrante irregular y, ahora, la situación de pobreza como parte de la posición económica.

IV. LAS VIOLACIONES ESTRUCTURALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

56. El presente apartado tiene como finalidad enmarcar los avances que se han ido desarrollando en la materia del reconocimiento de la discriminación estructural. De esta manera, resulta de vital importancia que los Estados consideren la existencia de estas situaciones sistémicas de discriminación; ya que no todas las violaciones de derechos humanos se presentan como hechos

⁸¹ Maurino, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, 2da ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot-Igualitaria-ACIJ, 2012, pp. 265-295, en p. 284.

⁸² Cfr. ONU, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2015*, (LC/G.2691-P), Santiago, 2016, pp. 20 y 21.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

aislados, sino que en ocasiones estas responden a contextos específicos e institucionales de negación de derechos humanos.

57. Si bien en el estado actual del derecho internacional y constitucional de los derechos humanos no se cuenta con una visión arraigada de este fenómeno, ello no implica que, poco a poco, diversas instancias se hayan pronunciado sobre la existencia y materialización de esta situación. Así, encontramos algunos rasgos coincidentes en el ámbito internacional.

i) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

58. El Tribunal Europeo, a la fecha, no ha reconocido el concepto de “*discriminación estructural*” por categorías de especial protección, que pudiera protegerse en el artículo 14 del Convenio Europeo, o bien mediante el artículo 1º del Protocolo 12 de dicho Convenio; lo anterior no ha sido impedimento para que, derivadas de un contexto sistemático de negación de derechos, las violaciones estructurales a estos derechos contemplados en el Convenio Europeo no sean protegidos. En este sentido, cabe destacar que a diferencia de la Convención Americana en donde existe un mandato convencional de adecuar o adoptar medidas de derecho interno (Artículo 2 del Pacto de San José), en el Convenio Europeo no encontramos una disposición de similar amplitud y dimensión.

59. De esta manera, el medio que el TEDH ha considerado como la vía idónea para hacer frente a las violaciones de derechos humanos en las situaciones estructurales, es la adopción de medidas que ayuden a revertir estas circunstancias desfavorables para un sector de la población. La ausencia del mandato convencional en el CEDH no ha sido impedimento para que en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo reconozca la existencia de *problemas estructurales y sistémicos* en relación a otros derechos protegidos por el Convenio de Roma y, de este modo, ordene la implementación de medidas positivas para garantizar los derechos protegidos en el Convenio Europeo.⁸³

⁸³ Cfr. TEDH *Broniowski vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia de 22 de junio de 2004, párrs. 190 y 191.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

60. El reconocimiento de los problemas estructurales y sistémicos en la jurisprudencia europea se ha realizado a través de las denominadas *sentencias piloto*.⁸⁴ De esta manera, las sentencias piloto son aquellas que el Tribunal Europeo ha adoptado contra el Estado implicado —derivado de la acumulación de diversos casos que presentan características similares— obligándolos a adoptar leyes internas (medidas generales) que corrijan un *problema estructural* que, precisamente origina la violación del Convenio Europeo. En este sentido, en este tipo de casos, el TEDH constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos —efecto dominó— y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (caso piloto) y todos los individuos afectados por el problema estructural verán aplazados sus procedimientos hasta que el Estado adopte esas medidas.⁸⁵

61. El *leading case* en el que el TEDH utilizó las sentencias piloto fue en el caso *Broniowski vs. Polonia*, de 2004, respecto del derecho de propiedad (violación al artículo 1º del Protocolo 1 del CEDH). En esa oportunidad la Corte Europea consideró, en el análisis del artículo 46, que era inherente a las conclusiones del Tribunal que la violación del derecho a la propiedad en este caso se había originado de un problema generalizado, y que fue resultado de un mal funcionamiento de la legislación polaca, de

⁸⁴ El fundamento jurídico que ha utilizado el Tribunal Europeo ha sido el art. 46.1, conforme al cual los Estados se comprometen a cumplir las sentencias del Tribunal en los litigios en que sean parte. Además, el art. 1 que establece la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos y en el art. 19, que dispone que la función del Tribunal es asegurar que los Estados respeten los compromisos resultantes del CEDH.

⁸⁵ Al respecto, sobre las implicaciones de un procedimiento de una sentencia piloto, el TEDH ha considerado que estas se basan en la existencia de un problema generalizado y sistémico que tiene como consecuencia que un conjunto de personas se vean afectadas de manera adversa. Así, mediante las denominadas medidas generales a nivel nacional, se pretende que tengan en cuenta a todas las personas afectadas y, de este modo, remediar el defecto sistémico en el que se basa la violación declarada por la Corte. De este modo, las sentencias piloto, son un enfoque judicial que usa el TEDH para remediar problemas sistémicos y estructurales en el orden jurídico nacional. *Cfr.* TEDH *Broniowski vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia Cumplimiento de 28 de septiembre de 2005, párrs. 34 y 35.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

la práctica administrativa y que había afectado a un gran número de personas; la afectación a los bienes en este caso no había sido motivada por un incidente aislado; por el contrario, el problema en el caso había sido consecuencia de la conducta administrativa y normativa por parte de las autoridades hacia una clase específica de ciudadanos (en concreto los ciudadanos que reclamaban su derecho a la propiedad eran provenientes de las cercanías del Río Bug). De esta manera, el TEDH consideró que la existencia y la naturaleza sistémica del problema, que ya había sido reconocido por las autoridades judiciales polacas como una “disfunción sistémica inadmisibles”, generó que a toda una clase específica de ciudadanos se les negara el disfrute pacífico de sus posesiones, a lo que también había que sumar las deficiencias en la legislación nacional y las prácticas identificadas en el caso individual.⁸⁶

62. Las sentencias piloto, como mecanismo de corrección y reconocimiento de problemas estructurales y sistémicos dentro de los Estados parte del Convenio Europeo no ha sido una práctica aislada en el 2004, sino que se ha reiterado hasta el 2016;⁸⁷

⁸⁶ Cfr. TEDH *Broniowski Vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia de 22 de junio de 2004, párr. 189.

⁸⁷ Véase, entre otros, 1. *Caso Broniowski vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia de 22 de junio de 2004; 2. *Caso Hutten-Czapska vs. Polonia*, No. 35014/97, Sentencia de 19 de junio de 2006; 3. *Caso Sejdovic vs. Italia*, No. 56581/00, Sentencia de 10 de noviembre de 2004; 4. *Caso Burdov (No. 2) vs. Rusia*, No. 33509/04, Sentencia del 15 de enero de 2009; 5. *Caso Suljagic vs. Bosnia y Herzegovina*, No. 27912/02, Sentencia de 3 de noviembre de 2009; 6. *Caso Olaru y otros vs. Moldavia*, No. 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, Sentencia de 28 de julio de 2009; 7. *Caso Yurig Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*, No. 40450/04, Sentencia de 15 de octubre de 2009; 8. *Caso Rumpf vs. Alemania*, No. 46344/06, Sentencia de 2 de septiembre de 2010; 9. *Caso Athanasiou and Others vs. Grecia*, No. 50973/08, Sentencia de 21 de diciembre de 2010; 10. *Caso Greens and M.T. vs. Reino Unido*, No. 60041/08 y 60054/08, Sentencia de 23 de noviembre de 2010; 11. *Caso Maria Atanasiu y otros vs. Rumanía*, No. 30767/05 y 33800/06, Sentencia de 12 de octubre de 2010; 12. *Caso Vassilios Athanasiou Vs. Grecia*, No. 50973/08, Sentencia de 21 de diciembre de 2010; 13. *Caso Dimitrov y Hamanov vs. Bulgaria*, No. 48059/06, Sentencia de 10 de mayo de 2011; 14. *Caso Finger vs. Bulgaria*, No. 37346/05, Sentencia de 10 de mayo de 2011; 15. *Caso Ümmühan Kaplan vs. Turquía*, No. 24240/07, Sentencia de 20 de marzo de 2012; 16. *Caso Michelioudakis vs. Grecia*, No. 40150/09, Sentencia de 3 de abril de 2012; 17. *Caso Glykantzis vs. Grecia*, No. 40150/09, Sentencia de 30

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

abarcando temas como: i) tiempos excesivos en los procedimientos internos; ii) la exclusión del derecho al voto de personas privadas de la libertad; iii) la falta de regularización del estatus de residente de personas que habían sido eliminadas ilegalmente del registro de residentes permanentes; iv) condiciones inhumanas y degradantes de detención; v) retardo injustificado en la ejecución de resoluciones judiciales a nivel interno, y vi) violaciones relacionadas al derecho a la propiedad.

ii) Sistema Universal de Derechos Humanos

63. El Comité DESC, en su Observación General No. 20, *sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (2009), ha considerado que:

*40. En los planes, las políticas, las estrategias y la legislación nacionales debe preverse el establecimiento de mecanismos e instituciones que aborden de manera eficaz el carácter individual y estructural del daño ocasionado por la discriminación en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales [...].*⁸⁸

de octubre de 2012; 18. Caso Kurić y Otros vs. Eslovenia, No. 26828/06, Sentencia de 26 de junio de 2012; 19. Caso Ananyev y Otros vs. Rusia, No. 42525/07 y 60800/08, Sentencia 10 de enero de 2012; 20. Caso *Manushaqe Puto* y Otros vs. Albania, No. 604/07, 43628/07, 46684/07 y 34770/09; Sentencia de 31 de julio de 2012; 21. Caso *Torreggiani* y Otros vs. Italia, No. 43517/09, Sentencia de 8 de enero de 2013; 22. Caso *M.C.* y Otros vs. Italia, No. 5376/11, Sentencia de 3 de septiembre de 2013; 23. Caso *Gerasimov* y Otros vs. Rusia, No. 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11 y 60822/11, Sentencia de julio de 2014; 24. Caso *Ališić* y Otros vs. Bosnia y Herzegovina, Croacia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Serbia y Eslovenia, No. 60642/08, Sentencia de 16 de julio de 2014; 25. Caso *Gazsó* vs. Hungría, No. 48322/12, Sentencia de 16 de julio de 2015; 26. Caso *Neshkov* y Otros vs. Bulgaria, No. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 y 9717/13, Sentencia de 27 de enero de 2015; 27. Caso *Varga* y Otros vs. Hungría, No. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 y 64586/13, Sentencia de 10 de marzo de 2015; y 28. Caso *W.D.* vs. Bélgica, No. 73548/13. Sentencia de 6 de septiembre de 2016.

⁸⁸ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

64. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (2010), en su Recomendación General No. 28, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes, ha expresado que:

16. Los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad de jure y de facto o sustantiva con el hombre. Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer. Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.⁸⁹

Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 6.

⁸⁹ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/28, párr. 16. En igual sentido sobre la discriminación estructural que sufren las mujeres la Relatora Especial ha expresado que: *17. La discriminación y la violencia que se reflejan en los homicidios de mujeres relacionados con el género pueden interpretarse como múltiples círculos concéntricos, cada uno de los cuales intersecta el otro. Estos círculos incluyen factores estructurales, institucionales, interpersonales e individuales. Los factores estructurales son los sistemas sociales, económicos y políticos al macronivel; los factores institucionales son las instituciones y redes sociales formales o informales; los factores interpersonales consisten en las relaciones personales entre parejas, entre familiares y dentro de la comunidad y los factores individuales incluyen la personalidad y la capacidad individual para responder a la violencia. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias*, Rashida Manjoo, 23 de mayo de 2012, A/HRC/20/16.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

65. En lo referente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. 34, *sobre Discriminación racial contra afrodescendientes* (2011), ha entendido que:

*6. El racismo y la discriminación estructural contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas y que se reflejan, entre otras cosas, en lo siguiente: el hecho de que formen parte, junto con las poblaciones indígenas, de los grupos más pobres de la población; sus bajas tasas de participación y representación en los procesos políticos e institucionales de adopción de decisiones; las dificultades adicionales a que hacen frente en el acceso a la educación, la calidad de esta y las posibilidades de completarla, lo que hace que la pobreza se transmita de generación en generación; el acceso desigual al mercado del trabajo; el limitado reconocimiento social y la escasa valoración de su diversidad étnica y cultural, y su desproporcionada presencia en la población carcelaria”.*⁹⁰ (Énfasis añadido).

66. Finalmente, la definición más completa sobre la discriminación estructural o sistemática ha sido la que recientemente ha aportado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General No. 3, sobre los derechos de la mujer con discapacidad. En este sentido, dicho Comité entiende que existe discriminación estructural o sistemática cuando:

*17. e) La discriminación estructural o sistémica oculta patrones claros de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias, normas y / o reglas sociales, de género y los estereotipos perjudiciales que pueden llevar a tal discriminación discapacidad, intrínsecamente ligada a la falta de políticas, regulación y prestación de servicios específicamente para las mujeres con discapacidad [...].*⁹¹

⁹⁰ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 34 sobre Discriminación racial contra afrodescendientes*, 3 de octubre de 2011, CERD/C/GC/34, párr. 6.

⁹¹ ONU, Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General No. 3 sobre Mujeres y niñas con discapacidad*, 2 de septiembre de 2016, CRPD/C/GC/3, párr. 17.e.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

67. Sobre la existencia de pobreza estructural, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, analizando la prestación de asistencia social condicionada —para las que deben satisfacerse ciertos requisitos de elegibilidad— consideró que:

*30. Los programas de asistencia condicionada están diseñados generalmente para hacer frente a la pobreza estructural, a largo plazo, más que a la perturbación de los ingresos, especialmente si se prevé que esa perturbación será de corta duración; no son el instrumento ideal para hacer frente a la pobreza coyuntural.*⁹²

68. Si bien a la fecha no existe una definición expresa aportada en el Derecho Internacional de lo que debe entenderse por *pobreza estructural*⁹³ como forma de discriminación, existen pronunciamientos de los Relatores Especiales sobre la Pobreza Ex-

⁹² ONU, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Oliver de Schutter, Hacer de la crisis una oportunidad: fortalecer el multilateralismo*, 21 de julio de 2009, A/HCR/12/31, párr. 30.

⁹³ En este sentido Roberto Saba señala que es necesario resaltar que la condición de pobre estructural *coincide muchas veces* -pero no necesariamente- con otros rasgos de la identidad o de la personalidad que también son característicos de grupos sometidos o sojuzgados, como la etnia o el género y que, combinados con la pobreza estructural, refuerzan ese carácter de grupo sometido o sojuzgado. Señala, además, que la conformación, y la consiguiente identificación, de este grupo de personas, no resulta ser una tarea sencilla. Sin embargo, propone -a modo ilustrativo y no limitativo- que hay tres situaciones concretas que podrían señalar la existencia de un grupo sometido, caracterizado por compartir una situación de pobreza estructural: i) la concentración geográfica del grupo de personas en espacios donde sólo habitan personas igualmente pobres; ii) la segunda, relacionada con la primera, es la dificultad o imposibilidad para acceder a servicios públicos básicos imprescindibles para desarrollar un plan de vida decente y modesto, tales como la seguridad, la educación o la salud; y iii) la tercera es la transmisión y perpetuación intergeneracional de situaciones como las que se ponen de manifiesto a través de los dos casos anteriores; es decir, descendientes que no pueden dejar el asentamiento y que padecerán las mismas privaciones que les impedirán escapar de una situación vital a la que están determinados desde el nacimiento. *Cfr.* Saba, Roberto, *Pobreza, derechos humanos y desigualdad estructural*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012, p. 46 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trema que permiten determinar aquellas personas que podrían encontrarse afectadas por esta situación en particular. En este sentido, por ejemplo, los PREPDH han señalado que la pobreza extrema es una situación creada, propiciada y perpetuada por acciones y omisiones de los Estados y otros agentes. Al dejar de lado a las personas que vivían en la pobreza extrema, las políticas públicas del pasado han transmitido la pobreza de generación en generación. Las desigualdades estructurales y sistémicas, de orden social, político, económico y cultural, que a menudo no se abordan, profundiza más la pobreza.⁹⁴

69. Además, el derecho de las personas que viven en la pobreza a participar plenamente en la sociedad y en la adopción de decisiones tropieza con una gran cantidad de obstáculos que agravan la situación, obstáculos de tipo económico, social, estructural, jurídico y sistémico.⁹⁵ Por otro lado, aun cuando existen mecanismos participativos, las personas que viven en la pobreza tienen serias dificultades para usarlos o ejercer su influencia a través de ellos por falta de información, una educación escasa o analfabetismo.⁹⁶ Como respuesta a estas situaciones de discriminación estructural, en muchas jurisdicciones, los fallos afectan solo a las partes del litigio o a quienes interponen una demanda, incluso cuando las causas tienen repercusiones más amplias. Esto quiere decir que solo las personas que tengan capacidad o tenacidad para superar todas las barreras de acceso a la justicia podrán beneficiarse de fallos importantes.

70. No obstante, quienes viven en la pobreza suelen sufrir las consecuencias de prácticas extendidas o de medidas gubernamentales de amplio alcance que generan situaciones en las que están en juego los derechos de muchas personas; por ello, en los

⁹⁴ ONU, *Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos*, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 5.

⁹⁵ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr. 13.

⁹⁶ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr. 43.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

sistemas jurídicos en que los tribunales pueden ejercer un control jurisdiccional o emitir fallos *erga omnes*, con capacidad para declarar inconstitucionales ciertas leyes o situaciones, esto puede tener un efecto positivo a la hora de garantizar la justicia a las personas que viven en la pobreza.⁹⁷

71. Así, las personas que sufren pobreza estructural son personas que, en general, transmiten esta situación generacionalmente y de manera histórica, que sus posibilidades de participación política se ven disminuidas y también la negación a servicios básicos; ante las cuales el acceso a la justicia dependerá de que tengan las capacidades para superar la propia condición de pobreza con independencia de que coincidentemente, o no, pertenezcan a grupos históricamente marginados o excluidos.

V. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL, INDIRECTA Y DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

72. La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha versado en su gran mayoría y visibilizado la discriminación directa que sufren ciertos grupos de personas dentro de las sociedades. Sin embargo, lo anterior no ha excluido que el Tribunal Interamericano se pronuncie, de manera aislada, en el sentido de establecer que en ciertos contextos se tome en consideración la discriminación estructural, la discriminación de hecho o la discriminación indirecta.

73. En este sentido, en el caso *Gonzáles y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* de 2009, en el apartado de reparaciones de la sentencia refiriéndose a la discriminación estructural, el Tribunal expresó que:

450 [...]. 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

⁹⁷ Cfr. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, *La extrema pobreza y los derechos humanos*, 9 de agosto de 2012, A/67/278, párrs. 83 y 84.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...].*⁹⁸ (Énfasis añadido).

74. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, de 2010, refiriéndose a la discriminación de facto consideró que:

273. En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación [...].

*274. [...] evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.*⁹⁹ (Énfasis añadido).

75. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 2012, el Tribunal expresó respecto a la discriminación estructural que:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido [...]. (Énfasis añadido).

⁹⁸ 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.

⁹⁹ Corte IDH. *Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 273 y 274.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

76. En cuanto a las reparaciones el Tribunal Interamericano en dicho caso consideró que:

267. La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. (Énfasis añadido).¹⁰⁰

77. Finalmente, en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, de 2012, sin pronunciarse sobre la discriminación estructural, consideró sobre la discriminación indirecta y de facto lo siguiente:

235. La Corte estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta [...].

237. Por tanto la Corte observa que, en el presente caso, la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió, inter alia, a: i) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití y en consideración de su situación de vulnerabilidad; ii) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas; iii) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos; iv) las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías; v) la falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y vi) el tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares.

238. Todo lo anterior evidencia que, en el presente caso, existió una discriminación de facto en perjuicio de las víctimas del caso por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 92 y 267.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*los derechos que la Corte declaró violados en esta Sentencia. Por tanto, la Corte concluye que el Estado no respetó ni garantizó los derechos de los migrantes haitianos sin discriminación, en contravención del artículo 1.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 y 25 de la misma.*¹⁰¹ (Énfasis añadido).

78. Así, la Corte IDH ha evaluado el impacto que tiene la discriminación indirecta en contextos de discriminación *de facto*.¹⁰² De esta forma, la discriminación indirecta (o resultado) se configura cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituyen un impacto desproporcionado en personas o grupos de personas en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja; sin que exista una justificación objetiva y razonable, que se materializa con la existencia de factores estructurales y contextuales que deben ser analizados caso por caso.

79. En estos cuatro casos el Tribunal Interamericano ha reconocido la existencia de factores estructurales, indirectos o de hecho en el goce y ejercicio de algunos derechos contemplados en la Convención Americana. En este sentido, el principio de igualdad entendido como prohibición de discriminación es una concepción limitada para algunas situaciones que se basan en discriminaciones indirectas que tienen su fundamento en circunstancias de *facto*; de esta manera resulta necesario entender la no discriminación a la luz de una situación de desventaja que presentan algunos grupos y por lo tanto los pueden someter a condiciones históricas de discriminación, que en ocasiones se encuentran avaladas por la sociedad. Los elementos estructura-

¹⁰¹ 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, párrs. 235, 237 y 238.

¹⁰² 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, párrs. 235, 237 y 238; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 92 y 267, y *Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 273 y 274. En similar sentido: *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.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

les y contextuales que se producen por la discriminación indirecta o de hecho, permiten determinar si a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana un grupo determinado de personas está frente a una situación de discriminación estructural.

80. Estos son algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo más no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural. En este sentido, los casos mencionados han tenido en consideración que se trata de: i) un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría; ii) que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano; iii) que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado que en algunos casos puede ser intergeneracional, y iv) que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación *de facto*, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado.

VI. EL ALCANCE DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL HISTÓRICA EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE

81. En el presente caso la Corte IDH dio por probado que el comercio de esclavos ha estado históricamente ligado al trabajo forzoso en Brasil.¹⁰³ Sin embargo, a pesar de haberse abolido la es-

¹⁰³ Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 110.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

clavitud (1888), la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron la continuación del trabajo esclavo en Brasil y al no tener tierras propias ni situaciones laborales estables muchos trabajadores en Brasil se sometían a situaciones de explotación aceptando el riesgo de caer en condiciones de trabajo inhumanas y degradantes. Para 2010 la OIT consideró que existían aproximadamente 25.000 personas sometidas a trabajo forzoso en territorio brasileño.¹⁰⁴ Además, quedó probado que la mayor cantidad de víctimas de trabajo esclavo en Brasil son trabajadores originarios de las regiones de los estados que se caracterizan por ser los más pobres, con mayores índices de analfabetismo y de empleo rural (Maranhão, Píauí, Tocantins), entre otros. Los trabajadores de estos estados se dirigen a estos con mayor demanda de trabajo esclavo: Pará, Mato Grosso y Tocantins.¹⁰⁵ Los trabajadores, en su mayoría hombres pobres afrodescendientes o morenos (mulatos) entre 18 y 40 años, son reclutados en sus estados de origen por los “gatos” para trabajar en estados alejados, con la promesa de salarios atractivos.¹⁰⁶

82. En cuanto a la localización geográfica de las haciendas, la Corte IDH consideró que esta localización era por sí misma un elemento que limitaba la libertad de los trabajadores, puesto que muchas veces el acceso a centros urbanos era casi imposible, debido no solo a la distancia sino también a la precariedad de las vías de acceso. De igual modo, debido a su extrema pobreza, su desesperación para trabajar y su situación de vulnerabilidad, aceptan condiciones de trabajo precarias.¹⁰⁷ Respecto a las investigaciones por estos hechos, de acuerdo

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 111.

¹⁰⁵ 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. 112.

¹⁰⁶ 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. 113.

¹⁰⁷ Cfr. 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. 114.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

con la OIT la impunidad respecto al sometimiento a trabajo esclavo se debe a la articulación de los terratenientes con sectores de los poderes federales, estatales y municipales de Brasil. Muchos terratenientes ejercen dominio e influencia en diferentes instancias del poder nacional, ya sea de forma directa e indirecta.¹⁰⁸ La Hacienda Brasil Verde se encontraba en el estado de Pará.¹⁰⁹

83. La Corte declaró en la sentencia que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzosos y que existían factores que potencializaban su vulnerabilidad.¹¹⁰ El Tribunal también consideró que dados los hechos del presente caso y dadas las características específicas a las que fueron sometidos los 85 trabajadores rescatados en el año 2000, sobrepasaban los extremos de servidumbre por deudas y trabajo forzoso para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud establecida por la Corte.¹¹¹

84. El caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* constituye la primera vez en la que Tribunal Interamericano reconoce la existencia de una *discriminación estructural histórica* dado el contexto en el cual se suscitaron las violaciones de derechos humanos de las 85 víctimas. En este sentido, también constituye el primer caso en donde expresamente la Corte IDH encuentra responsabilidad internacional contra un Estado por perpetuar esta situación estructural histórica de exclusión. En este sentido, en la sentencia se expone que:

¹⁰⁸ 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. 115.

¹⁰⁹ 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. 128.

¹¹⁰ 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. 303.

¹¹¹ 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. 304.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

343. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto al señor Antonio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser niño al momento de los hechos. Finalmente, Brasil es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia.

PUNTOS RESOLUTIVOS

4. El Estado es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia.¹¹² (Énfasis añadido).

85. Si bien la problemática de la existencia de pobreza y la extrema pobreza en la región interamericana incumbe a todos los Estados que forman parte del Sistema Interamericano, para los efectos de análisis del presente caso, es importante resaltar la situación de pobreza —que podría enmarcarse dentro de una pobreza estructural— que originó en primera instancia que los 85 trabajadores sean objeto de trata de personas y que tuvo como consecuencia que las víctimas sean sometidas a trabajo forzoso y servidumbre por deudas. Dos aspectos fundamentales que han concurrido en el presente caso, y que fueron determinantes para configurar la discriminación por situación económica derivada

¹¹² Corte IDH. *Caso de los 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. 343 y punto resolutivo 4.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

de la pobreza, fueron: i) concentración del fenómeno de trabajo esclavo en un área geográfica específica y su perpetuación histórica; y ii) la imposibilidad de las 85 víctimas de obtener mediante su trabajo condiciones básicas de desarrollo humano.

86. Es importante aclarar que en muchos casos es probable que no exista una intencionalidad directa de confinar a los miembros de un grupo a los estratos inferiores de la estructura social, ni de colocarlos en situaciones de desventaja sistemática; es probable que ni siquiera sea posible identificar con claridad cuáles, o cuál fue o fueron los factores concretos, las decisiones o las prácticas que contribuyeron para llegar a ese resultado de desventaja sistemática. En este sentido, lo relevante es determinar si existió una afectación a la prohibición de discriminación y si un grupo de personas ha resultado excluido continuamente en ámbitos relevantes e imprescindibles para el desarrollo autónomo de la persona.

87. Derivado del contexto, las 85 víctimas del presente caso, habían sido objeto de trata de personas por la captación y el reclutamiento de trabajadores a través de fraude, engaño y falsas promesas desde las regiones más pobres del país y que esta captación tenía como finalidad la explotación laboral en Brasil.¹¹³

88. En este sentido, teniendo en consideración que en el presente caso se configuró: i) un grupo de personas que requerían protección especial por ser personas trabajadoras que fueron objeto de trata de personas, y que dada su situación de pobreza mediante engaño, alcanzaron el umbral de esclavitud; ii) las personas estaban sometidas a esta práctica histórica y sistemática que los mantuvo en una situación de exclusión y marginación; iii) que si bien este caso se circunscribe en el estado de Pará y en la Hacienda Brasil Verde, también se toma en consideración las miles de víctimas que siguen siendo liberadas por autoridades brasileñas en especial en el sur del estado de Pará; y iv) en el presente caso el fenómeno de esclavitud del cual fueron objeto 85 víctimas fue una discriminación indirecta y *de facto* por

¹¹³ Corte IDH. *Caso de los 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. 305.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la ineficacia de las prácticas estatales para evitar su prevención y erradicación. El Tribunal Interamericano concluyó que los 85 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde fueron víctimas de una discriminación estructural histórica que se presentó dentro del Estado brasileño por el fenómeno de esclavitud en los términos de la Sentencia.¹¹⁴

89. El reconocimiento de la *discriminación estructural histórica* por el fenómeno de trabajo esclavo es de vital importancia, pues no se trata de cualquier tipo de personas quienes eran objeto de la captación por los *gatos*, sino que eran personas con un tipo de perfil específico, en el cual la pobreza en la que vivían era un factor crucial de vulnerabilidad. En los términos de la sentencia, la Corte IDH se pronunció y consideró que:

339. [...] en el presente caso algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: [i)]se encontraban en una situación de pobreza, [ii)]provenían de las regiones más pobres del país, [iii)]con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo, [iv)] eran analfabetas, y [v)] tenían poca o nula escolarización. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más suscep-

¹¹⁴ También sobre la discriminación estructural histórica se puede tener en consideración que: i) En atención al elevado número de víctimas de esclavitud, trata y servidumbre que continúan siendo liberadas por parte de las autoridades brasileñas y al cambio de perspectiva de esos fenómenos y su ocurrencia “en los últimos eslabones de las cadenas de suministro de una economía globalizada”, es importante que el Estado adopte medidas para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo, tanto a través de trabajo forzoso como de servidumbre y esclavitud; ii) Al respecto, en el caso concreto la Corte constató una serie de fallas y negligencia de parte del Estado en el sentido de prevenir la ocurrencia de servidumbre, trata y esclavitud en su territorio con anterioridad a 2000, pero también a partir de la denuncia concreta realizada por los señores Antonio Francisco da Silva y Gonçalo Luiz Furtado, y iii) Desde 1988 se han realizado varias denuncias sobre la existencia de situación análoga a la esclavitud en el estado de Pará, y específicamente en la Hacienda Brasil Verde. Dichas denuncias identificaban un *modus operandi* de reclutamiento y explotación de trabajadores en esa región específica del sur del estado de Pará. Corte IDH. *Caso de los 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, párrs. 318, 319, 326 y 327.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

tibles 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.¹¹⁵ (Énfasis añadido).

90. En cuanto a la discriminación estructural para la determinación de la responsabilidad internacional:

338. La Corte estima que el Estado incurre 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.¹¹⁶ (Énfasis añadido).

91. En otras palabras, la existencia de la discriminación estructural, en sí, es una situación reprochable a los Estados por mantener a amplios sectores, o grupos de la población, particularmente en una situación de exclusión social. Sin embargo, ante esta palpable situación de discriminación estructural —como los hechos reconocidos en el presente caso— si un Estado teniendo conocimiento de la existencia de esta problemática dentro de su territorio y respecto de un grupo determinable no toma las medidas suficientes y efectivas para contrarrestar esta situación en concreto, acarrea un situación de mayor vulnerabilidad para las víctimas, en especial por el conocimiento latente de riesgo que presentan; situación, en particular, que puede ser valorada por el Tribunal Interamericano.

¹¹⁵ 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. 339.

¹¹⁶ 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.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

92. Lo anterior no excluye la obligación del Estado de implementar a nivel interno acciones de carácter general; es muy importante considerar la naturaleza individual y colectiva de los beneficiarios de ciertas obligaciones estatales para garantizar la efectividad de los derechos. En este sentido, las normas que respondan a una situación individual, se conocerán como medidas de igualación positiva; las que compensen una desigualdad grupal, se denominarán acciones de igualación positiva.¹¹⁷

93. En el presente caso, la Corte IDH consideró que al momento de los hechos, las acciones generales para combatir el fenómeno de trabajo esclavo —pues ya se sabía de la existencia de la problemática del trabajo esclavo en Brasil— que se habían implementado desde 1995 al 2000 no habían sido suficientes y efectivas; en adición a lo anterior, el Tribunal Interamericano al referirse a la expresión “*no adopta medidas específicas respecto a la situación particular*”, lo hace en el sentido de que, con independencia de las acciones generales implementadas, cuando sea identificable un sector específico del grupo (por ejemplo, geográficamente) el Estado debe implementar medidas adicionales a las acciones generales para revertir esa situación que requiere la actuación prioritaria de la estructura estatal.

94. Con independencia de lo anterior, este aspecto resulta de fundamental importancia y relevancia, pues las discriminaciones estructurales tienen un componente de continuidad histórica que se perpetúa de manera sistemática en las sociedades actuales; y que, además, en la doctrina y en la jurisprudencia no había sido consolidada como un aspecto fundamental de la discriminación que sufren algunos grupos que han sido excluidos y marginados.

95. De esta manera, lo que la Corte IDH consolida, al reconocer la existencia de este tipo de discriminaciones de naturaleza histórica, es que la prohibición de discriminación persigue como finalidad la de evitar la materialización de grupos que se encuentren sometidos, excluidos o marginalizados que deriven de consecuencias sociales, económicas o políticas o medidas pú-

¹¹⁷ Cfr. Giménez Glück, David, *El juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 311-312 y ss.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

blicas. Por otro lado, la discriminación estructural histórica que presentan los individuos en los hechos no se vincula con la irrazonabilidad o arbitrariedad de un criterio expresado dentro de la norma o los efectos directos en un caso en concreto.

96. Por el contrario, la ineficacia, la incapacidad y la aplicación deficiente de acciones generales para prevenir la discriminación a nivel interno de un Estado pueden llegar a producir y perpetuar, por años, la existencia de discriminación para ciertos grupos desventajados; como lo son las personas sometidas a trabajo esclavo que dadas sus condiciones de pobreza resultan un especial foco de vulnerabilidad brasileña, a la luz del artículo 6.1 de la Convención Americana en relación del artículo 1.1 del mismo instrumento.¹¹⁸

VII. CONCLUSIONES

97. Como se ha tratado de exponer en el presente voto, a diferencia de los Sistemas Europeo y Africano de Derechos Humanos, los Sistemas Universal e Interamericano muestran una tendencia a considerar que las personas que se encuentran en situación

¹¹⁸ Es de resaltar, en este caso, que la Corte IDH no determinó *medidas de no repetición* como parte de las reparaciones, al considerar que a partir del año 1995 el Estado brasileño ha redoblado esfuerzos para evitar la perpetuación de la situación de captación de personas pobres que son sometidas a trabajo esclavo, acción que la Corte IDH valoró positivamente; con independencia de lo anterior, y sin demeritar los esfuerzos que hasta ahora han sido implementados, la Corte IDH *instó* al Estado a continuar incrementando la eficacia de sus políticas y la interacción entre los varios órganos vinculados al combate de la esclavitud en Brasil, *sin permitir ninguna regresión en la materia*. En este sentido, el mandato de no regresividad, implica que si bien no se dictaron acciones y medidas adicionales a las implementadas por ser suficientes a criterio del Tribunal Interamericano, la garantía de no repetición no se agota únicamente con la existencia de acciones, medidas, normas y políticas públicas sino que toda esa gama de mecanismos se hagan efectivos y se materialicen en la realidad y, por ende, no permitan la existencia nuevamente de situaciones de discriminación como las que se presentaron en la Sentencia. *Cfr.* Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 470.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de pobreza constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad diferenciado de los grupos tradicionalmente identificados; dicha condición se reconoce como categoría de especial protección y parte de la prohibición de discriminación por “posición económica” contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

98. En el presente caso, la situación de especial vulnerabilidad por la posición de pobreza que presentaban los 85 trabajadores, los orilló a que fueran víctimas de trata de personas debido al *modus operandi* existente en la zona del estado de Pará; y también considerando otras características similares, los hacían propensos a que aceptaran, mediante engaños, ofertas laborales en la Hacienda Brasil Verde, que se materializaron en formas de trabajo esclavo. Esta situación particular, no se enmarca de forma aislada, sino que como quedó explicitado en la sentencia, tiene antecedentes históricos y que se habían perpetuado hacia sectores específicos de la población y determinadas zonas geográficas con posterioridad a 1995, fecha en que Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país. De allí que conjuntamente se analizara la posición de pobreza como el factor estructural determinante para seguir perpetuando históricamente el trabajo esclavo en Brasil.

99. Como se expresa en la sentencia, la pobreza “es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo”.¹¹⁹ La pobreza, en el caso *sub judice*, no se enmarca como un fenómeno sino como una afectación de especial vulnerabilidad en donde la situación de exclusión y marginación, aunado a la denegación estructural y sistémica (con antecedentes históricos para el caso particular), tuvieron una afectación en los 85 trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde.

¹¹⁹ 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. Cfr. OIT – Brasil. *Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil*, 2010, pág. 2010 (expediente de prueba, folio 8529).

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

100. No puede pasar inadvertido para un juez interamericano que la esclavitud, en sus formas análogas y contemporáneas, tiene un origen y consecuencia en la pobreza, la inequidad y la exclusión social, repercutiendo en las democracias sustantivas de los países de la región. De este modo, el análisis de la experiencia interamericana de protección de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) demanda que sean consideradas las peculiaridades de la región, ya que América Latina es la región con el más alto grado de desigualdad en el mundo.¹²⁰ En ese sentido, los Estados en la región deben ser consecuentes con lo que proclama la *Carta Social de las Américas* (2012)¹²¹ y su *Plan de Acción* (2015),¹²² para procurar y lograr progresivamente la realización plena de la *justicia social* en nuestro continente.

¹²⁰ Cfr. Piovesan, Flávia, “Protección de los derechos sociales: retos de un *Ius Commune* para Sudamérica”, en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM/IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pp. 339-380, en p. 369.

¹²¹ *Carta Social de las Américas*, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio del 2012, OEA/Ser.P/AG/doc5242/12rev.2, Cochabamba, Bolivia. En el preámbulo de dicha Carta se establece: “considerando que la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece entre sus propósitos esenciales erradicar la pobreza crítica [y] reafirmando la determinación y el compromiso de los Estados Miembros de combatir de forma urgente los graves problemas de la pobreza, la exclusión social y la inequidad que afectan en distinta medida a los países del Hemisferio; de enfrentar sus causas y sus consecuencias; y de crear condiciones más favorables para el desarrollo económico y social con equidad para promover sociedades más justa [...]”.

¹²² *Plan de Acción de la Carta Social de las Américas*, aprobado por el Consejo Permanente en la sesión conjunta celebrada el 11 de febrero de 2015, ad referéndum del cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, OEA/Ser.G CP/doc.5097/15, Washington D.C., Estados Unidos.