

X. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana*

1. INTRODUCCIÓN

En la Conferencia Regional Preparatoria para la “Conferencia Mundial contra la Discriminación Racial, el Racismo, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, los gobiernos de las Américas establecieron principios que dan un marco conceptual para avanzar en la lucha contra la exclusión social y la discriminación en nuestro hemisferio. Reconocieron el carácter multirracial, pluriétnico, multicultural y multilingüístico de las Américas; sostuvieron que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia agravan la condición de pobreza, marginalidad y exclusión social de personas, grupos y comunidades; reafirmaron el deber de la región de proteger y promover las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, los pueblos de ascendencia africana, los migrantes, las mujeres y las personas pertenecientes a otros grupos en situación de particular riesgo, y concluyeron que el desarrollo democrático y el fomento del Estado de derecho constituyen pre-

* Este trabajo fue publicado en la obra *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, de Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (coords.), Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ecuador, 2010. El presente ensayo forma parte del Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, núm. 3, año 2007. Agradezco los comentarios de Elizabeth Abi-Mershed, Rosa Celorio, Manuela Cuvi y Daniela Salazar.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

misas fundamentales para erradicar la discriminación racial y la exclusión.¹

Estas premisas son cruciales en América Latina, al ser la región más desigual en el mundo desde el punto de vista de la distribución de la riqueza.² La discriminación de hecho y de derecho continúa afectando a pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres y trabajadores migrantes, entre otros. Muchos de estos grupos son víctimas de violencia, de manera desproporcionada en comparación con el resto de la población, tanto por parte de los agentes de seguridad pública como de actores privados. De modo que el análisis jurídico y la interpretación de las cláusulas de igualdad y no discriminación que se encuentran incluidas en los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es un mero ejercicio académico, sino una imperiosa necesidad política y moral para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas.

El principio de igualdad y no discriminación no ha generado mucha jurisprudencia por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, no por ello se pueden pasar por alto las importantes contribuciones que ambos órganos han realizado, ni algunas de las discusiones teóricas que ellas generan. De las múltiples aristas de análisis alrededor del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia interamericana, nos detendremos en dos temas que no han sido suficientemente estudiados. Analizaremos los motivos prohibidos de discriminación contenidos en la Convención Americana y en la interpretación que de ellos se ha hecho. Una vez determinada la existencia de un listado de criterios prohibidos de discriminación, analizaremos cuál es el estándar que la Corte y la Comisión utilizan o deberían utilizar frente a las distinciones basadas en ellos. En particular, exploraremos si el estándar debe ser más estricto que el aplicado frente a otras distinciones no expresamente prohibidas por el texto convencional.

¹ Declaración final de la Conferencia Regional de las Américas WCR/ RCONF/SANT/2000IL.1/Rev.3, 20 de diciembre de 2000, preámbulo, párrs. declarativos 9 y 11, declaración párrs. 5 y 82, entre otros.

² Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2000-2001*, pp. 17 y ss., 67 y ss.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

El segundo tema que examinaremos es el desarrollo jurisprudencial de los órganos interamericanos frente a la relación existente entre violencia y discriminación. En particular, si en casos de violencia basada en motivos u orígenes discriminatorios, o en la pertenencia de una persona a un grupo tradicionalmente discriminado, la obligación genérica de investigar, juzgar y sancionar, tan explorada por la Comisión y la Corte, es similar a otros supuestos de violaciones a los derechos humanos o, por el contrario, requiere un interés especial fundado en dichas particularidades.

2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA

Nos referiremos a la jurisprudencia del Sistema Interamericano para hacer alusión tanto a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte (Corte IDH), como a las resoluciones de la Comisión (CIDH) en casos individuales y en sus diferentes informes. Con ello, no pretendemos obviar que en sentido estricto solo la Corte es un tribunal judicial y, por ende, la única que produce jurisprudencia. Mientras que la Comisión, en tanto órgano con múltiples funciones y facultades, cuasijudiciales y de otra características, no dicta propiamente sentencias y, desde esta perspectiva, no establece jurisprudencia.

Sin embargo, nos referimos a la jurisprudencia del Sistema Interamericano con la expresa intención de resaltar la igual importancia que la Convención le asigna a las decisiones finales de la Corte y de la Comisión. De acuerdo con el artículo 33 de dicho instrumento, ambas son competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte. Esto implica que la Comisión y la Corte deben interpretar la Convención incluyendo la determinación del contenido específico de cada uno de sus artículos. Incluso en relación con peticiones o casos individuales, la Convención establece una vía doble de determinaciones finales por parte del sistema. En efecto, permite una decisión final de la Comisión en virtud del artículo 51 o de la propia Corte en virtud del artículo 61 y concordantes. Así, la Convención crea dos categorías de casos con dos posibles tipos de decisiones finales. Por tanto, el valor de la interpretación de ambos órganos debe ser considera-

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

do con igual importancia, lo que no significa que tengan la misma naturaleza jurídica o valor legal.³

Así, tanto la Comisión como la Corte están facultadas para precisar los alcances del principio de igualdad y no discriminación. Por estas razones, analizaremos de manera conjunta las decisiones de la Comisión y de la Corte que sean relevantes en materia de igualdad y no discriminación.

3. LOS MOTIVOS PROHIBIDOS DE DISCRIMINACIÓN Y LOS ESTÁNDARES DE REVISIÓN

La Convención Americana contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De modo que, siguiendo las pautas tradicionales de interpretación de cualquier tratado internacional,⁴ el texto convencional como principal punto de partida para analizar cuáles situaciones constituyen alguna forma de discriminación, presenta un listado claro de categorías prohibidas y todos los destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias. Así, ante una situación que se plantea como discriminatoria, en primer lugar debe observarse si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías vedadas por la Convención.

En la opinión consultiva sobre la *Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, que constituye el análisis más elaborado de

³ De hecho, tanto la Comisión como la Corte producen decisiones finales de distinto valor jurídico. Así, cabe distinguir en el caso de la Corte entre sentencias en casos contenciosos y opiniones consultivas. En el supuesto de la Comisión, se pueden distinguir sus opiniones en casos individuales en los términos del art. 51 de la Convención, sus informes temáticos o sus informes sobre países.

⁴ Art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

la Corte Interamericana en materia de discriminación, se indicó que no son admisibles los tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.⁵

En esta descripción, la Corte incluyó nuevas categorías prohibidas de discriminación —convicción, origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio o estado civil—, sin explicar por qué ellas cualifican como alguna “condición social” en los términos del punto final de los artículos 1.1 de la Convención y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que estaba llamada a interpretar, o por qué es legítimo incluir nuevos motivos dentro del catálogo existente. En las nuevas categorías incluidas se verifican razones de diferente lógica y entidad. Por lo general, se considera que los factores prohibidos de discriminación tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona —tales como el color o la raza— o bien factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data —por ejemplo, la religión o el origen nacional—. Sin embargo, en la ampliación del catálogo de la Corte es difícil encontrar alguna explicación. Así, mientras el origen étnico es inmutable, el patrimonio no lo es. Mientras la edad no puede modificarse por la propia voluntad de la persona, la nacionalidad en principio sí podría serlo. En tanto algunas de las nuevas categorías incluidas por la Corte han estado asociadas a discriminaciones históricas, por ejemplo el origen étnico, otras no están vinculadas a esta discriminación tradicional, tal como el estado civil. Lamentablemente, se desconocen los criterios utilizados por la Corte para aumentar la nómina de prohibiciones.

El Tribunal modificó motivos prohibidos de discriminación, nuevamente sin fundamentar las razones. Hizo referencia a “género” en lugar de “sexo”, “situación económica” en lugar de “posición económica”, “opinión política” en lugar de “opiniones políticas”. Si bien en principio parecería que los cambios referidos a

⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101 (en adelante OC-18).

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

posición económica y opinión política podrían ser simplemente producto del descuido o de la falta de implicación jurídica específica, el cambio de género por sexo tiene consecuencias definidas. En efecto, y simplificando las discusiones sobre sus definiciones, mientras que por género suele entenderse la construcción social de los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la feminidad-masculinidad, por sexo se entienden específicamente los componentes biológicos y anatómicos.⁶ Precisamente por este motivo se utiliza el término género para hacer referencia a discriminaciones asociadas a estereotipos y prejuicios culturales y sociales vinculados a lo femenino y lo masculino, y el término sexo para referirse a discriminaciones motivadas exclusiva o predominantemente en factores biológicos o anatómicos. Por ello, no puede considerarse que son sinónimos ni entenderse que género reemplaza a sexo como categoría prohibida de discriminación.⁷ Frente a una norma específica de la Convención que habla de sexo, cambiarla sin explicación alguna por género provoca dudas sobre los criterios que utiliza la Corte para apartarse del texto convencional y sobre la legitimidad de hacerlo.

Por último, la Corte en la citada enumeración eliminó dos palabras cruciales al momento de interpretar el carácter cerrado o abierto del listado de criterios prohibidos de discriminación. No incluyó la palabra “cualquier” al referirse a la opinión de [cualquier] otra índole. Pero lo que es más importante, suprimió la palabra “social” al final de la expresión “o cualquier otra condición”. Con ello parecería que es posible ampliar el catálogo de prohibiciones, ya que no es necesario que se trate de una condición social sino de una simple condición. Si bien en abstracto la distinción parecería ser suficientemente sutil, en la práctica no lo

⁶ Véase entre otras, Oosterveld, Valerie, *The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or back for International Criminal Justice?*, en 18 *Harvard Human Rights Journal*, p. 56, donde se citan las múltiples definiciones de género —y sus implicaciones— utilizadas en el ámbito de la ONU.

⁷ Véase Facio, Alda, “Engendrando nuestras perspectivas”, en *Otras Miradas*, vol. 2, núm. 2, diciembre de 2002, p. 60. Sostiene la autora: “estos términos no se den usar indiscriminadamente o, peor aún, usar el término género en sustitución de sexo [...] El género e[n] definitiva, no es un término que viene a sustituir el vocablo «sexo» [...]” [...].

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

es. La calificación de “condición social” implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica y opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto. En cambio, cualquier otra condición, aislada del calificativo “social”, amplía enormemente las posibilidades.⁸

La Corte podría haber dado razones para cambiar el listado expreso de prohibiciones contenido en los tratados de derechos humanos interpretados. Podría haber considerado que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,⁹ y que los tiempos y condiciones presentes exigían estas modificaciones al listado primigenio de la Convención y el Pacto. O que el objeto y fin de estos tratados apuntan al reconocimiento de la dignidad humana y a la necesidad de proteger a las personas, asegurando sus derechos fundamentales, y que en razón de ello se requería expandir o modificar el listado expreso de prohibiciones. O que al interpretar a la Convención no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ellos, sino también el sistema dentro del cual se inscriben.¹⁰ Así, a partir de que otros instrumentos incluyeron nuevas categorías prohibidas de discriminación, podría haberse justificado la legítima expansión del catálogo original para reflejar el consenso internacional actual. Particularmente, en la opinión consulti-

⁸ Quizá la Corte se guío por el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que si bien en español menciona “cualquier otra condición social”, en los textos en inglés y francés no incluye la palabra social (*other status, touteautre situation*). O por el texto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, véase nota 11 de este trabajo y texto que la acompaña. Sin embargo, la Convención Americana es consistente en los cuatro idiomas oficiales de la OEA (*anyother social condition, touteautre condition sociale, qualquer outra condição social*).

⁹ Corte IDH. *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otro) vs. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 193. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal*. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.

¹⁰ *Ibidem*, OC-16/99, párr. 113.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

va analizada, la Corte podría haberse servido de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que constituye uno de los instrumentos que amplía el mencionado catálogo.¹¹

Pero al dejar huérfana de una explicación a la sentencia se corren graves riesgos. El más importante de ellos es convertir al texto convencional en algo banal y poco relevante, lo cual puede crear la errónea impresión de que las decisiones acerca del alcance de las normas contenidas en la Convención Americana dependen mayormente del arbitrio de la Corte. Este potencial riesgo no puede ser subestimado por un tribunal que se vale principalmente de la legitimidad de sus sólidos razonamientos jurídicos para hacer cumplir sus decisiones y para determinar la actuación de los tribunales nacionales.¹² La Corte debería tratar al texto convencional como punto de partida inexcusable de cualquier interpretación, lo que no significa pretender que el texto consagre todas las respuestas a las cuestiones vinculadas con su significado. Existirá siempre la necesidad de enfrentar aquí, al igual que en otras áreas del derecho, los problemas ordinarios de interpretación del lenguaje: su ambigüedad, vaguedad y oscuridad. En particular, en materia de derechos humanos, se deben tener en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, así como la naturaleza evolutiva del tratado. Ello puede requerir que la interpretación del catálogo de factores prohibidos de discriminación evolucione en el tiempo, permitiendo considerar implícita o explícitamente incluidos en el texto convencional otros mo-

¹¹ En efecto, el art. 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares incluye casi el mismo listado que utilizó la Corte con la excepción de utilizar la palabra sexo en lugar de género. Véase arts. 1.1 y 7, que mencionan los siguientes motivos: sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Agradezco a Manuela Cuvi esta observación.

¹² Véase, Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *Yale Law Journal*, vol. 107, núm. 2, noviembre de 1997, pp. 320-321. La obra citada se refiere a la calidad del razonamiento legal como un factor que influye en el cumplimiento estatal y señala que fundamentar las decisiones y explicar sus razones es un prerrequisito para el ejercicio de una autoridad persuasiva antes que coercitiva.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

tivos de discriminación que la sociedad interamericana rechaza actualmente de manera enfática. Pero siempre deben explicitarse las razones y encontrar una base convencional para hacerlo.

De hecho, la propia lectura de los artículos del Pacto y de la Convención otorgaba esta posibilidad interpretativa. En la enumeración de las categorías prohibidas de discriminación se agrega la frase “cualquier otra condición social”, que mantiene abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que de todos modos constituyen una violación al principio de igualdad asimilable a las categorías establecidas.¹³ Ni la Comisión, ni la Corte, ni el Comité de Derechos Humanos aún han definido claramente el alcance del concepto “cualquier otra condición social”. Sin embargo, consideramos adecuado restringir el alcance de la prohibición de discriminación, mediante la aplicación del criterio estricto de revisión que desarrollaremos en el párrafo siguiente, a los casos que impliquen motivos explícitamente enumerados en los respectivos artículos y a los que puedan considerarse como “otra condición social” equiparable a ellos. Esto no significa que otras distinciones no podrán ser objeto de revisión por parte de los

¹³ Comité de Derechos Humanos, *Caso Gueye vs. Francia* (La nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del art. 26), Comunicación núm. 196/1985.A/44/40, 1989, párr. 9.4, y *Caso B vs. los Países Bajos* el Comité también recuerda que el art. 26 en su segunda oración establece “[...] otra condición social”. El Comité advierte que los autores no han aducido que su trato diferente se atribuya al hecho de pertenecer a alguna categoría específica e identificable que les significara encontrarse expuestos a un trato discriminatorio a causa de alguno de los motivos enumerados u «otra condición social» establecido en el art. 26 [...]”, Comunicación núm. 273/1989.A/44/40, 1989, párr. 6.7. Esta doctrina ha sido criticada por diversas autoras, véase Bayef Sky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990, pp. 6-7, y Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2006, p. 75. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que tanto la discapacidad como la edad y pueden ser consideradas como “otra condición social”. Véase Observación general, núm. 5, párr. 5 —discapacidad— y Observación general, núm. 6, párr. 11 —edad—.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

organismos de supervisión internacional, sino tan solo que estas distinciones serán sometidas al análisis de revisión de razonabilidad y no al escrutinio estricto que propondremos.

A nuestro juicio, la tendencia jurisprudencial está avanzando en el sentido de que las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados, a fin de que las distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. La Convención, al incluir una referencia expresa de criterios prohibidos de discriminación, representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas y, en muchos casos, contrarias a la dignidad humana. El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto.

Tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado —la diferencia de tratamiento— y el fin perseguido.¹⁴ Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un test diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este test generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente,

¹⁴ Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Relating to Certain Aspects of the Laws in the Use of Languages in Education in Belgium*. Fondo, 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A, párr. 10. Este es el primer caso del Tribunal que desarrolla esta doctrina.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores.¹⁵

El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, que algunos denominan “categorías sospechosas” de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad y, a su vez, requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

La Comisión ha comenzado a servirse de este criterio estricto de revisión cuando se utiliza el sexo para establecer una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres. Así, la Comisión sostuvo que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento”.¹⁶ Luego, la CIDH introdujo la idea de que “las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso”, en el cual “se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”.¹⁷

Esta misma formulación fue seguida por la Comisión en el caso *Morales de Sierra*,¹⁸ relativo a la utilización legislativa del sexo como criterio diferenciador. La CIDH indicó que el artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, como aquellas que se basan en el sexo, resultan “fuertemente sospechosas de ilegalidad”

¹⁵ Parafraseando a la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, Informe núm. 28/98, párr. 36.

¹⁷ Véase CIDH, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, en el Informe Anual de la CIDH 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3, rev. 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.

¹⁸ CIDH, *Informe de Fondo núm. 4/01*, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechosas, la norma o la política que la utiliza serán observadas bajo un criterio de escrutinio intenso o estricto.¹⁹

En su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*,²⁰ la CIDH reiteró que “la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas”, sino que “requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue”. Pero agregó que “las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”.²¹

Esta tesis fue reafirmada por la CIDH en su reciente *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. En dicho Informe se destaca que en la utilización de las categorías sospechosas existe una “presunción del carácter discriminatorio de la medida o política restrictiva”. Por ello, cuando se utilizan dichos criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios.²² Al explayarse, la Comisión vuelve a exigir un análisis de manera concienzuda y pormenorizada de toda restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana. Y resumió de esta manera el test al

¹⁹ *Idem*.

²⁰ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/ser.L/V/II.116, doc. 5, rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002.

²¹ *Ibidem*, párr. 338.

²² CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

que se someten estas situaciones: “se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que este no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asienta exclusivamente en el prejuicio”.²³

La jurisprudencia europea, a la que asiduamente recurren la Comisión y la Corte, también ha establecido un criterio estricto en ciertas categorías, a diferencia del criterio de mera razonabilidad que aplica en la generalidad de los casos de igualdad. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos requiere que existan razones de gran importancia para justificar distinciones basadas en ciertas categorías, mientras que en los casos restantes solo requiere la existencia de un interés legítimo.²⁴

En el caso *Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido*, la Corte Europea declaró que “el desarrollo de la igualdad entre los sexos es, hoy día, un objetivo central de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ello significa que deberían presentarse razones de mucho peso antes de que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo pueda ser considerada compatible con la Convención.”²⁵ En *Inze vs. Austria* estableció que: “razones de gran peso habrán de plantearse antes de que pueda considerarse que una distinción en el trato por motivo de nacimiento fuera del matrimonio es compatible con la Convención [...]”.²⁶ En *Hoffman vs. Austria* sostuvo que una distinción basada esencial y solamente en la religión no es aceptable.²⁷ De manera interesante, en materia de raza, la Corte Europea ha sostenido que debe

²³ *Ibidem*, párr. 83.

²⁴ Véase Oddny Mjoll Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2003, pp. 141-155.

²⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 78.

²⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, *Inze vs. Austria*, 28 de noviembre de 1987, párr. 41.

²⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Hoffman vs. Austria*, 23 de junio de 1993, párr. 36.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

prestarse una especial importancia a la discriminación basada en ella,²⁸ pero hasta el momento no ha aplicado en ningún caso un estándar estricto de revisión frente a la alegada discriminación.

La necesidad de que existan razones de una relevancia especial para justificar distinciones basadas en ciertos motivos, clases o categorías, es utilizada también en la jurisprudencia comparada de varios países de la región. Ello puede ayudar a la Comisión y a la Corte a avanzar en esta línea jurisprudencial. Así, en Estados Unidos, este concepto se desarrolló alrededor de la teoría de la existencia de “categorías sospechosas”. En el tristemente famoso caso *Korematsu vs. United States*, la Corte Suprema consideró que: “todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter inmediatamente al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”.²⁹ Más adelante, agregó en *Palmore vs. Sidoti* que las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos”.³⁰ En *Loving vs. Virginia*, la Corte Suprema estipuló que la cláusula sobre igual protección de la Constitución “demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso”.³¹ Esta teoría, que incluye como categorías sospechosas a la raza y el origen nacional entre otras, exige no solo una estricta revisión judicial, sino que también requiere la demostración de una necesidad pública urgente o necesidad social imperiosa y no un mero interés legítimo.

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Cyprus vs. Turkey*, 10 de mayo de 2001, párr. 306.

²⁹ 29 323 US 214. A pesar del estándar utilizado, la Corte Suprema consideró constitucional la reclusión de ciudadanos americanos y latinoamericanos de origen japonés en campos de internamiento durante la Segunda Guerra Mundial.

³⁰ 30 4666 US 429.

³¹ 31 388 US 1, 87.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estableció:

- a) la necesidad de la “probanza plena de la justificación, probablemente necesarísimo y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable;
- b) la necesidad fundamental, cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida;
- c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados, y
- d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante la cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada”.³²

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia explicó que ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo:

1. cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución;
2. cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas;
3. cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o
4. cuando se examina una medida que crea un privilegio.³³

Estableció la Corte Constitucional que las categorías señaladas como sospechosas

³² Tribunal Supremo de Venezuela, sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, magistrado ponente José Rafael Tinoco.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

- i. se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad;
- ii. han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y
- iii. no constituyen *per se*, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.³⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha seguido esta línea jurisprudencial. En *Calvo y Pesini*, donde se cuestionaba una ley provincial que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda por entender que el Estado no había acreditado una “justificación suficiente de la restricción”, considerando insuficiente, en ese caso concreto, “una dogmática afirmación de su postura”.³⁵ Posteriormente agregaría que una norma que distinguía entre argentinos por nacimiento y naturalizados “se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que solo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés (...) que la justifique”.³⁶ La Corte Suprema se refiere expresamente a “la presencia de un criterio de distinción sospechoso”, lo cual hace pesar sobre la norma impugnada una “presunción de inconstitucionalidad” “con desplazamiento de la carga de la prueba”.³⁷ Esta presunción de inconstitucionalidad solo puede ser superada mediante una cuidadosa prueba sobre los fines que se intentaron resguardar y sobre los medios que se utilizaron al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no basta su mera conveniencia. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras

³⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-101/05.

³⁵ CSJN, *Calvo y Pesini*, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo, fallos 321:194.

³⁶ CSJN, *Hoofr, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires*, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, fallos 322:3034, considerando 2.

³⁷ *Ibidem*, considerando 5.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”.³⁸

En resumen, mientras en el criterio de “razonabilidad” se advierte una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones, en el criterio más estricto existe una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”. En consecuencia, el Estado debe presentar fuertes razones —“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”— para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”. En general, rara vez se encuentra que las razones aducidas por el Estado son suficientes, por lo que dichas clasificaciones tienden a ser consideradas contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas.

El empleo de los motivos incluidos en los catálogos no queda absolutamente vedado, simplemente se establece una presunción de ilegitimidad de la norma, política, o acción basada en tales criterios de distinción. Desde el punto de vista del control convencional, esta presunción de ilegitimidad se traduce en la inversión de la carga justificatoria y en su sometimiento a un estándar de escrutinio elevado. Acreditado el empleo de una clasificación sospechosa, la inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida impugnada. Cabe entonces al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la medida no supera el examen de convencionalidad³⁹ o constitucionalidad. El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar

³⁸ *Ibidem*, considerando 6.

³⁹ Utilizamos el concepto de control de convencionalidad, o examen de convencionalidad, en el sentido utilizado recientemente por la Corte Interamericana. Véase Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128, “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucional, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera razonabilidad. Debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin socialmente imperioso y debe justificar por qué es necesario acudir a él para cumplir esos fines.⁴⁰

4. VIOLENCIA, DISCRIMINACIÓN Y LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA INVESTIGACIÓN

La discriminación y la intolerancia suelen constituir la base de otras violaciones de derechos humanos y ser generadoras de violencia contra grupos tradicionalmente discriminados. Desde el punto de vista normativo, un caso ilustrativo es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —en adelante, “Convención de Belém do Pará”—, la cual reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres,⁴¹ y que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libres de toda forma de discriminación y a ser valoradas y educadas sin patrones estereotipados.⁴² El Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ha manifestado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que limita el ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos.⁴³ Otros ejemplos de esta conexión entre violencia y discriminación son los crímenes de odio —*hatecrimes*—⁴⁴ y, como caso extremo, el

⁴⁰ Véase *mutatis mutandi*, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, *Caso Salgado c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, exp. núm. 826/01, 21 de noviembre de 2001, voto del juez Maier, considerando 4.

⁴¹ Convención de Belém do Pará, preámbulo.

⁴² *Ibidem*, art. 6.

⁴³ CEDAW, *Recomendación General 19*, “Violencia Contar la Mujer”, U.N., doc. HRI/GEN/1//Rev. 1, p. 84, 1994, párrs. 1, 6 y 7.

⁴⁴ Se puede entender como crimen de odio a la ofensa criminal cometida contra una persona, propiedad o sociedad, motivada en todo o en parte, por el prejuicio racial, religioso, por discapacidad, orientación sexual u ori-

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

crimen internacional de genocidio, que precisamente tiene la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.⁴⁵

La Comisión se ha mostrado particularmente atenta a la violencia de la que son víctimas personas pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados. En un caso de ejecución extrajudicial de un joven afrodescendiente por parte de la policía, sostuvo que percibía una notable influencia del factor racial. En relación con ello, resaltó su preocupación por la violencia contra los jóvenes en Brasil, haciendo hincapié especialmente en el nexo existente entre esta relación y los elementos raciales. Y, haciéndose eco de varios estudios, recalcó que la mayoría de las víctimas de la violencia policial en el territorio del Estado son jóvenes pobres, de raza negra o mestiza, muchos de los cuales carecen de antecedentes penales.⁴⁶ Sin embargo, en el caso concreto, la Comisión consideró que no contaba con suficientes pruebas para establecer que el factor racial haya sido determinante en la ejecución extrajudicial de la víctima.

En el caso de las mujeres, la CIDH ha establecido que la obligación de garantizar la igualdad y no discriminación está vinculada con la prevención, la investigación y la sanción de la violencia contra ellas. En su *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*⁴⁷ indicó que la falta de igualdad formal de las mujeres las coloca en una situación de desprotección frente a la violencia. Sostuvo que “la mujer aún no alcanza igualdad jurídica plena en todos los países de la región”, ya que varios poseen, en mayor o menor medida, normas discriminatorias. Resaltó que “en nume-

gen étnico o nacional. Véase U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (FBI), Hate Crime Data Collection Guidelines, *Uniform Crime Reporting*, octubre de 1999, p. 4, consulta 27 mar 2007, disponible en <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>

⁴⁵ Véase art. II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el art. 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁶ CIDH, *Informe núm. 33/04*, Caso 11.634, *Jailton Neri Da Fonseca vs. Brasil*, párrs. 35-38.

⁴⁷ CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, doc. 17, 13 de octubre de 1998.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

rosos códigos penales, valores tales como la honra, el pudor social, la doncella, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que pusieron resistencia en el caso del delito de violación, o sometiéndolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización”. Esto conlleva a situaciones de desprotección hacia las mujeres víctimas de violencia, por falta de legislación adecuada o porque la legislación vigente no se cumple.⁴⁸

La Comisión ha establecido que las actitudes tradicionales, conforme las cuales las mujeres son consideradas subordinadas frente a los hombres o asociadas a funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que conllevan violencia o coerción, como la agresión y el abuso familiares. De esta manera, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y, por ende, el deber de investigarla y sancionarla adquiere una dimensión especial. En el caso *María de Penha Fernandes* del año 2001, por primera vez, la CIDH estableció frente a una petición individual el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres. Este caso, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil, permitió a la CIDH aplicar la Convención de Belém do Pará por primera vez, y decidir que el Estado no había actuado con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario.⁴⁹ Más aún, estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica, lo que a criterio de la CIDH constituyó una práctica discriminatoria. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia, va más allá de procesar y condenar, ya que también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”.⁵⁰ Llama la atención que la Comisión, a pesar de dichas determinaciones y de haber analizado expresamente el derecho a la igualdad ante

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ CIDH, Informe núm. 54/01 —admisibilidad y fondo—, Caso 12.051, *María de Penha Fernandes vs. Brasil*.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 56.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

la ley, no concluyera que en este caso se violó el artículo 24 de la Convención.⁵¹

La relación entre violencia y discriminación se ha reflejado además en el informe sobre los homicidios en contra de mujeres en Ciudad Juárez, México. Nuevamente, la CIDH reafirmó que la discriminación basada en el género es un obstáculo en la sanción y prevención de asesinatos de mujeres. Destacó que la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos obedeció a la discriminación que afecta a las mujeres. Indicó que “no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficiencia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio es preciso prestar atención a las causas raigales de la violencia contra la mujer en todas sus principales manifestaciones”.⁵²

En el *Informe sobre Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, la Comisión expuso las características de la discriminación y violencia contra las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano, así como las consecuencias de la situación de desventaja y su manipulación y explotación por parte de los actores de dicho conflicto. Muchos de los estándares específicos que se desarrollaron en este informe son similares a los que analizaremos con más detalle al describir el *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. Pero hay un elemento de ese informe que deseamos resaltar. La CIDH indicó que la situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas es particularmente crítica al ser víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se

⁵¹ La CIDH encontró que el Estado había violado los derechos de la víctima a garantías y protecciones judiciales efectivas bajo los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el art. 1.1, y el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, *ibídem*, párrs. 45-50 y 60.

⁵² CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, párr. 11.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

agrava dentro del ámbito del conflicto armado.⁵³ Recordó que la Convención de Belém do Pará establece que al actuar con debida diligencia, el Estado debe tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueden sufrir las mujeres en razón de su raza y etnia, entre otras condiciones de riesgo.⁵⁴ Y reconoció que las mujeres indígenas y afrocolombianas todavía confrontan numerosos obstáculos de naturaleza legislativa, institucional, cultural y geográfica para acceder a una justicia efectiva. Para abordar estas carencias, indicó la necesidad de establecer programas sostenibles de capacitación para operadores de justicia y de entablar iniciativas para sensibilizar a la población y promover el aumento de denuncias.⁵⁵

Indudablemente, el informe donde de manera más detallada se aborda la materia es el recientemente publicado sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*.⁵⁶ En dicho informe, la Comisión hizo especial hincapié en el problema de la violencia contra las mujeres como una manifestación de la discriminación basada en el género. Recalcó la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia contra las mujeres y la discriminación. Destacó los principios que deben regir las leyes y políticas públicas, tales como el deber del Estado de erradicar efectiva y prontamente diferentes formas de violencia contra las mujeres, cometida tanto por agentes estatales como no estatales; el de proveer recursos judiciales efectivos e imparciales para víctimas de violencia, y el de implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven un trato inequitativo en sus sociedades, lo que ha implicado para ellas un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales.

⁵³ CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 67, 18 de octubre de 2006, párrs. 102 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 9, párr. 104.

⁵⁵ *Ibidem*, véase entre otros, párr. 19.

⁵⁶ CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., doc 68, 20 de enero de 2007.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

La Comisión exploró detenidamente el contenido del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, que impone a los Estados el deber de actuar con debida diligencia frente a la violencia contra las mujeres. Interpretó que la obligación de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres, incluye el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de ellas. Esto debe hacerse “debido a la relación evidente entre discriminación y violencia”. Como ejes centrales de esta teoría, insistió en que la discriminación se halla en la raíz de la violencia contra las mujeres,⁵⁷ que la definición de discriminación contra las mujeres comprende la violencia contra ellas en todas sus formas⁵⁸ y, principalmente, que la discriminación perpetúa esta violencia y, por ello, la Convención de Belém do Pará reconoce un vínculo crítico entre la adecuada protección judicial y su eliminación.⁵⁹

La Comisión hizo un largo y detallado análisis de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a la luz del principio de la debida diligencia contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Todo ello, considerando la íntima relación entre la discriminación y la violencia. La Comisión no consideró que la debida diligencia contenida en la Convención de Belém do Pará sea una simple reiteración de las obligaciones que emergen del deber de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención. Por el contrario, derivó obligaciones concretas, como la de simplificar procedimientos judiciales penales e incrementar el número de instancias para denunciar la violencia contra las mujeres,⁶⁰ así como la de producir, compilar, analizar y difundir información sobre sus causas, consecuencias y frecuen-

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 12.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 13.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 33.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 37.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

cia.⁶¹ También, la Comisión dio pautas sobre el tipo de pruebas y de valoraciones permisibles en casos de violencia sexual, tales como la obligación de no considerar la falta de resistencia física de la víctima como un factor para no sancionar al agresor.⁶² Exigió, dada la íntima correlación entre la discriminación y los parámetros de la debida diligencia en la investigación contenidos en la Convención de Belém do Pará, que tanto los fiscales como los policías eviten cualquier tipo de discriminación en su trabajo y consideren las necesidades especiales de las víctimas de violencia sexual.⁶³ Y, en este sentido, rechazó la influencia de patrones socioculturales discriminatorios que resulten en una descalificación de la credibilidad de la víctima, a la vez que criticó la interpretación discriminatoria de evidencias en casos de violencia contra las mujeres.⁶⁴

En definitiva, según la interpretación de la Comisión, la investigación de casos en los cuales se interrelaciona violencia y discriminación requiere de un deber de diligencia particular, que analice el hecho mismo de violencia como el factor discriminatorio que pudo haberla motivado, agravado o caracterizado de manera particular.

En un sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos⁶⁵ ha determinado que los Estados tienen la obligación general de conducir una investigación efectiva en casos de privación de la vida. Esa obligación debe ser cumplida sin discriminación. A su vez, agregó la Corte Europea que donde existan sospechas de que actitudes raciales indujeron a un acto violento, es particularmente importante que una investigación oficial sea llevada a cabo con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reafirmar continuamente la condena de la sociedad al racismo, y de mantener la confianza de las minorías en la capacidad

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 42 y ss.

⁶² *Ibidem*, párr. 51.

⁶³ *Ibidem*, párrs. 52 y 53.

⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 155 y 157.

⁶⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Nachova y otros vs. Bulgaria*, Aplicaciones núm. 43577/98 y núm. 43579/98, ECHR, 6 de julio de 2005. Traducción no oficial.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

de las autoridades para protegerlas de la amenaza de la violencia racial. Un cumplimiento del Estado de su obligación positiva requiere que el sistema legal doméstico demuestre su aptitud para aplicar la ley criminal contra aquellos que arbitrariamente quiten la vida de una persona, sin importar el origen étnico o racial de ella.⁶⁶

El Tribunal Europeo sostuvo que la investigación de incidentes violentos y, en particular, de muertes por manos de agentes del Estado, impone a las autoridades el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivo racista, y el de establecer si algún odio o prejuicio étnico pudo haber jugado un rol en los eventos. Fracasar en este obrar y tratar la brutalidad inducida por motivos raciales en un pie de igualdad con aquellos casos que no tienen matices racistas, sería volverse ciego a la naturaleza específica de actos que son considerados particularmente destructivos de los derechos fundamentales. No hacer una distinción en situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un tratamiento injusto, irreconciliable con el principio de igualdad. Con el fin de mantener la confianza pública en la maquinaria que pone en ejecución la ley, los Estados parte deben asegurar que en la investigación de incidentes que involucren el uso de la fuerza se distinga, tanto en el sistema legal como en la práctica, entre casos en donde existe un uso excesivo de ella y casos en los que se verifican motivos racistas. Probar la existencia de motivos racistas resulta extremadamente difícil. Por ello, el Estado tiene la obligación de investigar todo tinte racista de un acto violento empleando sus mejores esfuerzos.⁶⁷

Lamentablemente, hasta ahora la Corte Interamericana no ha avanzado en esta línea jurisprudencial. En casos en los cuales tuvo la oportunidad de analizar, respectivamente, la correlación entre violencia y origen étnico, así como violencia y género, la Corte se limitó a transcribir textualmente su doctrina tradicional sobre las obligaciones del Estado en materia de investigación. Así, no hizo diferencias entre las situaciones generales de

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

violencia y aquellas que presentan componentes y matices discriminatorios, o que se dirigen directamente hacia algunas personas que pertenecen a grupos que tradicionalmente han sido marginados.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte dio por probado que “el Ejército de Guatemala, con fundamento en la «Doctrina de Seguridad Nacional», identificó a los miembros del pueblo indígena maya como «enemigos internos», por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y «operaciones de tierra arrasada» que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas”.⁶⁸ Y agregó que “hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya aquí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones”.⁶⁹ La Corte también había dado por probado que varias mujeres habían sido víctimas de violencia sexual.⁷⁰

Al momento de ordenar las reparaciones correspondientes, y a pesar de recordar la gravedad de los hechos que afectaron a los miembros del pueblos maya aquí en su identidad y valores, la existencia de un patrón de masacres e impunidad, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas y las alteraciones de sus condiciones de vida, la Corte tan solo estimó necesario ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a equidad.⁷¹ La Comisión había establecido la necesidad de que las medidas inmateriales de reparación, incluida la de

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, núm. 105, párr. 42.7.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 51.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 49.19.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 80 y 82.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

investigación, tengan en cuenta “la perspectiva colectiva, fundada en la comprensión de los elementos socioculturales característicos del pueblo maya [...] y la magnitud de los actos genocidas cometidos en su contra”. La CIDH sostuvo ante el Tribunal que “para los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez la justicia es crucial para la reconciliación, la recomposición del tejido social y el proceso de dignificación del pueblo maya, a quienes por factores racistas le (*sic*) ha sido sistemáticamente denegada”.⁷²

No obstante, la Corte, al ordenar las investigaciones relativas a la masacre, no consideró necesario realizar determinaciones adicionales tales como la exigencia de que la investigación desenmascare cualquier motivo racista, prejuicios étnicos, o una violencia y brutalidad exacerbada por criterios discriminatorios. Apenas sostuvo:

Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos. Tal como ha señalado la Corte, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes del presente caso, la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado, siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos, y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.⁷³

Recientemente, *Castro Castro vs. Perú* se transformó en el primer caso en el que la Corte aplicó la Convención de Belém do Pará.⁷⁴ El Tribunal consideró que dicho instrumento constituye una referencia de interpretación de la Convención Americana.⁷⁵ Y añadió de manera puntual que de acuerdo con las obligaciones internacionales contraídas por Perú, este tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las

⁷² *Ibidem*, párrs. 90 a y e.

⁷³ *Ibidem*, párr. 96.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 276.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

obligaciones específicas que le imponen las convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra las mujeres.⁷⁶ De acuerdo con el artículo 7.b de dicho tratado, Perú estaba obligado a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar este tipo de violencia.⁷⁷ Concluyó la Corte que, a fin de analizar si el Estado había cumplido con la obligación de investigar dispuesta en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aplicaría las referidas disposiciones de la Convención de Belém do Pará, en razón de que especifican y complementan las obligaciones generales que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana.⁷⁸ También el Tribunal Interamericano reconoció que la violencia sexual contra las mujeres tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas.⁷⁹ No pueden dejar de destacarse estos importantísimos fundamentos, particularmente teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana en su demanda no había siquiera invocado la Convención de Belém do Pará ni la violencia contra las mujeres como elementos importantes del caso.⁸⁰

No obstante, y a pesar de los avances conceptuales y jurisprudenciales comentados, el Tribunal al analizar la obligación de investigar, juzgar y sancionar no explicó en qué consistía el deber de diligencia en el caso de violencia sexual, ni de qué manera el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará especifica y complementa las obligaciones emergentes de la Convención Americana. Tampoco la Corte analizó si dentro de los procesos comprendidos se estaban investigando puntualmente los hechos de violencia sexual que encontró como violatorios de las normas

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 377.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 379.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 313.

⁸⁰ La Comisión sí invocó la violencia contra las mujeres y la interpretación conjunta de las obligaciones de investigar y sancionar emergentes de los arts. 1, 8 y 25 de la Convención con el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, párr. 228, secciones p; q; r y párr. 369, sección f de sus alegatos finales.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

internacionales, ni cuáles serían los criterios para llevar a cabo una investigación con la debida diligencia frente a ellos. En materia de reparaciones, si bien la Corte otorgó una indemnización monetaria a las víctimas de violencia sexual,⁸¹ al determinar las reparaciones inmateriales relativas a las investigaciones omitió establecer deberes particulares del Estado en la investigación de hechos de violencia sexual. Ni siquiera la Corte consideró que debía ordenar, dentro de la investigación general, el estudio particular de la conexión entre violencia y el sexo de la víctima.

En definitiva, en los dos casos analizados, la Corte sostuvo que todas o algunas de las violaciones establecidas ocurrieron debido al origen étnico o al sexo de las víctimas. En *Plan de Sánchez*, la Corte consideró que la masacre ocurrió en un contexto de ataques indiscriminados contra la población maya y que ello tuvo un grave impacto negativo en este pueblo. En *Castro Castro*, concluyó que algunas víctimas sufrieron violaciones de sus derechos exclusivamente por razón de su sexo y que, a su vez, fueron objeto de violencia sexual. Sin embargo, ello no acarrió ningún análisis acerca de la existencia de una obligación especial o adicional de investigación por parte del Estado en cuanto a la conexión entre violencia, discriminación y debida diligencia. Igualmente, a pesar de que la Corte dispuso reparaciones económicas diferenciadas por este tipo de violaciones, no lo hizo en cuanto a las investigaciones judiciales.

En el caso *Moiwana*, la Corte tomó en cuenta algunos factores que influyeron en la situación de impunidad que rodea a la masacre ocurrida en una aldea habitada por maroons en Suriname. En efecto, consideró expresamente que la ausencia de recursos efectivos es fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares, y que la impunidad ha creado “en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discrimina activamente”.⁸² La Corte destacó especialmente el efecto que la impunidad tiene en las tradiciones de los maroons y sostuvo que “los miembros de la comunidad [...] han sufrido la indignación y

⁸¹ *Ibidem*, párr. 433. c. ix y x.

⁸² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares*, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 94.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname —a pesar de las graves acciones perpetradas en contra de su aldea—. ⁸³ El Tribunal reconoció que estas personas no solo requieren justicia, sino también “conocer por qué ocurrieron las muertes”. ⁸⁴ Pero estos reconocimientos expresos no llevaron a la Corte a exigir que la investigación determinara si hubo un motivo racial o étnico en la perpetración de la masacre, o si la correlativa denegación de justicia tuvo una motivación y/o efecto discriminatorio.

5. CONCLUSIÓN

La Corte Interamericana ha sostenido con razón, que el principio de protección igualitaria, efectiva, y no discriminatoria de la ley está consagrada en múltiples instrumentos internacionales. Y que este hecho es un reflejo de la existencia de un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado precisamente de aquel principio general y básico. ⁸⁵ Pero estas dos verdades no relevan al intérprete de toda obligación de justificar sus apreciaciones y de realizar un análisis jurídico consistente de las consecuencias que se desprenden de tales verdades.

En particular, para órganos internacionales que deriven su legitimidad del poder de convicción de sus decisiones, resulta imperativo que expliquen de manera detallada y transparente sus determinaciones, las lógicas de sus razonamientos, los motivos para apartarse de textos expresos y las implicaciones jurídicas que se derivan de la aplicación de distintos instrumentos jurídicos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en deuda con la comunidad hemisférica en dos sentidos. Por una parte, no ha explicado por qué puede apartarse del texto convencional para incluir nuevas categorías prohibidas de dis-

⁸³ *Ibidem*, párr. 96.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 97.

⁸⁵ Corte IDH. OC 18, nota a pie de página núm. 33 correspondiente al párr. 86, citando a 33 instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

crimación. Tampoco ha analizado o manifestado cuáles son las consecuencias de que una categoría esté expresamente incluida como prohibida y, en particular, si a ella se aplica un estándar de justificación más estricto en cada caso que se alegue una discriminación basada en ella.

A pesar de haber reconocido, en varias ocasiones, la relación intrínseca entre discriminación y estado de vulnerabilidad de diferentes grupos,⁸⁶ la Corte aún no ha desarrollado estándares particularizados relativos a las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos de las personas pertenecientes a ellos, cuyos derechos son violados precisamente por dicha pertenencia. Si hay personas que por la discriminación tradicional sufrida se encuentran en una situación de particular desventaja frente al resto de la sociedad, la violencia de la que son víctimas no puede ser investigada con los mismos criterios y estándares que se utilizan frente a la de cualquier otro tipo. No solo porque ello puede enmascarar que el origen de la violencia es precisamente un elemento discriminatorio, sino también porque no consideran las situaciones particulares de la víctima, tales como su género, su cultura, su lengua. Esto puede constituirse en un factor adicional de revictimización y, a la vez, puede llevar a una investigación ineficaz e inoperante.

Al igual que en muchos otros temas, como la conceptualización del fenómeno de las desapariciones forzadas,⁸⁷ el establecimiento de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención⁸⁸ o la prohibición de la penalización del discurso

⁸⁶ Corte IDH. OC 18, párr. 112 —trabajadores migratorios indocumentados—. Corte IDH. *Caso Ximenes López vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párrs. 103-105 —personas que sufren discapacidades mentales—. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 189 —pueblos indígenas—. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 134 —niñas y mujeres—.

⁸⁷ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina* (1980), cap. 3, El problema de los desaparecidos.

⁸⁸ CIDH. Informe núm. 28/92, Casos 10.174, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, del 2 de octubre de 1992, e Informe 29/92, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993*.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

ofensivo contra figuras públicas en casos de interés general,⁸⁹ la Comisión ha abierto caminos jurisprudenciales en materia de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano. Tanto en la introducción de un análisis de escrutinio más estricto frente a categorías prohibidas de discriminación como en el desarrollo de la conexión entre violencia, discriminación y debida diligencia en la investigación. Quizás, en un tiempo no lejano, el Tribunal Interamericano siga estas líneas jurisprudenciales que otorgarán mayor protección a las víctimas de discriminación.

6. *POST SCRIPTUM*

Luego de la publicación de este artículo, la Corte Interamericana dictó una serie de sentencias que han comenzado a aclarar algunos de los claroscuros que señaláramos. En los próximos párrafos reseñaremos algunos de los avances registrados en ciertas áreas relativas a la no discriminación y la igualdad ante la ley.

En sus últimas sentencias contra Venezuela, la Corte avanzó en la diferenciación entre lo establecido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención. En *Ríos*⁹⁰ y *Perozo*⁹¹ clarificó que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado al obligar a los Estados parte a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualesquiera de los derechos garantizados en la Convención, es *per se* incompatible con la misma. El artículo 24 de la Convención, por su parte, prohíbe

⁸⁹ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencias de 28 de enero de 2009. Serie C, núm 195.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

todo tratamiento discriminatorio de origen legal. La prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados parte. De acuerdo con el artículo 24, los Estados no pueden introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁹² Esta línea jurisprudencial reafirma el entendimiento de que la garantía de no discriminación alcanza tanto a los derechos contenidos en la Convención Americana como a toda otra regulación legal realizada por el Estado en su legislación doméstica.

Los principales avances de la Corte se produjeron con relación a su jurisprudencia en torno a la discriminación y su relación con la violencia de género. Como indicamos en el texto, en la sentencia *Penal Miguel Castro* (párr. 292), la Corte por primera vez aplica la Convención de Belém do Pará. Pero en dicho caso, no había distinguido entre los actos de violencia que constituyen violencia de género y aquellas que constituyen una violación normal a los derechos convencionales. En los casos *Ríos* y *Perozo* mencionados, la Corte aclaró que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Para que ello suceda, al menos se requiere demostrar que las agresiones fueron especialmente dirigidas contra las mujeres o explicar las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su sexo.⁹³

Indudablemente, en el caso conocido como *Campo Algodonero*⁹⁴ relacionado con los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México, fue donde la Corte hizo sus mayores aportes doctrinales en el área de violencia y discriminación. Por primera vez definió asesinatos contra mujeres como “violencia contra la mujer”,

⁹² *Caso Ríos*, párr. 348 y *Caso Perozo*, párr. 379.

⁹³ *Caso Ríos*, párr. 279 y *caso Perozo*, párr. 295.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso González y otros (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará (párr. 231). Para ello, la Corte consideró una multiplicidad de factores incluidos: la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Belém do Pará (párr. 226), el reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (párr. 222), el señalamiento estatal con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez “se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer” (párr. 228), los informes de la Relatoría de la CIDH —a los que nos referimos en el texto— que señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género (párr. 229), que las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez, que fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonero y que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte (párr. 230). Estas diferentes pautas parecieran ser algunos de los elementos que deberán ser demostrados en el futuro para poder calificar a una agresión contra una mujer o un caso de violación, a uno o varios de los derechos humanos de una mujer como un supuesto de “violencia contra la mujer” o “violencia de género” que, entre otras cosas, permitirá la aplicación de la Convención de Belém do Pará.

La Corte, haciéndose eco de la crítica que desarrollamos en el texto, entendió en el caso *Campo Algodonero* que la obligación de investigar tiene “alcances adicionales” en casos que se enmarcan en un contexto general de violencia contra la mujer. Al igual que nuestra propuesta en el texto, el Tribunal Interamericano reitera la jurisprudencia europea desarrollada a partir del caso *Nachova y otros vs. Bulgaria*, en el que el Tribunal Europeo había indicado que “cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial”. Acertadamente, la Corte Interamericana adicionó: “El criterio

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género” (párr. 293).

Desarrolló pautas sobre cómo debería conducirse una investigación eficaz cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer. El Tribunal reiteró que cuando ciertas líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones (párr. 366). En *Campo Algodonero* criticó que no existía una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios de las tres mujeres (párr. 369), ni que no se contemplara a las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno generalizado de violencia de género (párr. 370).

Al igual que como abogamos, el Tribunal reconoció que la violencia contra la mujer es una violación de la obligación de no discriminar contenida en el artículo 1.1 de la Convención. Para ello, tomó en cuenta la definición de discriminación contra la mujer contenida en la CEDAW y a la Convención de Belém do Pará que señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (párr. 394), así como la Recomendación general 19 a la que hicimos referencia en la nota a pie 43.

También recapituló la tesis desarrollada por la Corte Europea en el caso *Opuz vs. Turquía*, donde se indicó que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

(párr. 396). Es decir que la Corte Interamericana se hace eco de la teoría de la discriminación indirecta o por efecto desproporcionado.

Aquí la Corte realizó una contribución importante al clarificar el efecto de estereotipo de género sobre la violencia contra la mujer y la subsecuente impunidad que genera y calificarlos como discriminatorios. Según *Campo Algodonero*, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (párr. 401). Para arribar a tal conclusión, partió el Tribunal estableciendo que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”. Esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. La Corte recordó el tantas veces mencionado informe de la CIDH sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia* que reseñáramos en este trabajo (párr. 400). Definió al estereotipo de género como una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente. Y agregó que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominante y persistente, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso (párr. 401).

Para concluir esta breve y desorganizada actualización de la evolución jurisprudencial de la Corte con posterioridad a nuestro trabajo, queremos referirnos al tratamiento de las reparaciones debidas en contextos de discriminación estructural. En *Campo Algodonero* el Tribunal parte de la idea que la reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros...

indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la situación de discriminación estructural, por lo cual las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo. No es admisible, para la Corte, una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación (párr. 450). Conforme a ello, la Corte valoró las medidas de reparación solicitadas a la luz de ciertos criterios, entre los que incluyó que las reparaciones restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación, en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar, se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación y se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres (párr. 451). Esta aproximación teórica abre la puerta para potenciales desarrollos jurisprudenciales que pueden generar positivos efectos para sectores tradicionalmente víctimas de discriminación estructural. Pensamos, por ejemplo, en cómo se considerarán en el futuro las reparaciones por violaciones al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales. ¿Se les considerará simplemente como una violación del derecho de propiedad, como lo ha hecho hasta ahora la Corte? ¿O se entenderá que la desposesión territorial de los indígenas es una parte de la discriminación estructural de la que son víctimas? Si es este último el caso, ¿será suficiente que la Corte ordene, como ha hecho hasta ahora, la restitución de las tierras tradicionales y un fondo de desarrollo comunitario? ¿O estas reparaciones son simplemente restituir el *status quo* discriminatorio? ¿Se requerirán más órdenes tendentes a redistribuir el acceso a recursos naturales?

En definitiva, la sentencia dictada en el caso *Campo Algodonero* representa un avance muy importante y decidido de la Corte en el sentido de una jurisprudencia más consistente en materia de igualdad y no discriminación.

Su análisis de los efectos de la discriminación estructural es de especial relevancia para la región más desigual del planeta. Resta por verse si la Corte será consistente y coherente en esta línea jurisprudencial.

POBREZA, IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS...

Es un dato esperanzador que el Tribunal se haya hecho eco de las críticas a ciertos vacíos e incoherencias que presentamos en nuestro trabajo y haya estado dispuesta a reconsiderar sus decisiones previas. Pero además, es un llamado para quienes analizamos, argumentamos y/o aplicamos la jurisprudencia de la Corte, a realizar una lectura crítica antes que una recitación mecánica de las sentencias interamericanas para contribuir a sus evolución.