

La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Paola Pelletier Quiñones**

El presente escrito tiene como finalidad fundamental proponer el establecimiento del concepto de “**discriminación estructural**” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte). Existen situaciones reflejadas en casos conocidos por este tribunal internacional, con características y contextos que permiten la definición del concepto y establecer estándares sobre el mismo para un próximo caso.

La propuesta es una reinterpretación del principio de **igualdad ante la ley** contenido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención), en virtud del artículo 29 literal b) de la misma, que encierra el principio de la **interpretación evolutiva de la Convención**. En este sentido, la Corte ha señalado que la Convención “[es un] instrument[o]

* Abogada dominicana, especialista en Derechos Humanos y litigios. Graduada *Summa Cum Laude* de Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Maestría (LLM) International Legal Studies de American University, Washington College of Law (WCL) (becaria Fulbright). Ex coordinadora Clínica de Derechos Humanos de Universidad Iberoamericana (UNIBE). Docente de Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y Método de Investigación en PUCMM. Investigadora sobre Discriminación de la Mujer en el Derecho Islámico en la Biblioteca de Alejandría, Egipto. Ha trabajado con ONGs y organismos internacionales en procesos de incidencia sobre el Derecho a la Nacionalidad y Migración. Ha colaborado en casos y ha presentado *Amicus Curiae* ante la CortelDH, donde fue pasante y ha publicado escritos sobre su jurisprudencia. Ha participado en procesos de incidencia ante la ComisiónIDH.

viv[o] cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”¹.

Resulta interesante cómo el concepto de “discriminación”, ampliamente discutido por la Corte en casos anteriores², presenta ahora nuevos matices. Nos referimos a patrones y contextos de violaciones de derechos humanos en perjuicio de grupos³ vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido históricamente o contextualmente marginados, excluidos o discriminados sin justificación legal alguna. Estos grupos pueden ser indígenas, mujeres, discapacitados, LGTBI, migrantes, adultos mayores, incluyendo personas de escasos recursos económicos o indigentes⁴.

-
- 1 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva del 30 de octubre de 1999, OC-16/99, párr. 114; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica*, (sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 245.
 - 2 “[L]a obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana y por tanto, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión; en cambio, si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 209; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica...* párr. 286.
 - 3 “El grupo tiene una existencia distinta a la de sus miembros, tiene una identidad propia [...] la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican”. Gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*. Edit. Gedisa, Universidad de Palermo y Yale Law School, Barcelona, 1999, pág. 138.
 - 4 La falta de recursos económicos del individuo limita el derecho al acceso a la justicia. Si una persona “no dispone de los recursos para costear asistencia legal o pagar los costos del proceso, esa persona es discriminada”. Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva de 10 de agosto de 1990, OC-11/90, párr. 22.

La discriminación estructural o “desigualdad estructural” incorpora “datos históricos y sociales” que explican desigualdades de derecho (*de jure*) o de hecho (*de facto*), como “resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [grupos vulnerables] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”⁵. La discriminación estructural puede presentarse en una zona geográfica determinada, en todo el Estado o en la región.

En otras palabras, los grupos contextualmente o históricamente excluidos o en desventaja comparten un rasgo común que los identifica: existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual “disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo”⁶.

En estas situaciones de mayor complejidad, preocupa la carga de la prueba sobre quienes alegan la existencia de “discriminación estructural” en torno a un caso. La misma Corte cuenta con elementos para evaluar la situación, tales como como el peritaje, informes internacionales o bien sentencias o resoluciones dictadas en casos anteriores contra el mismo Estado, que presentan el mismo contexto. Víctor Abramovich señala que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra en una etapa de evolución del concepto de discriminación clásico a una “noción de igualdad sustantiva”, dirigida a la protección de grupos vulnerables que atraviesan procesos históricos de discriminación:

5 Alegre, M. y R.Gargarella, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires, 2007, págs. 166 y 167.

6 Gimenez Gluk, D. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Edit. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 232-235.

[...] se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que [...] se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, **la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación**. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social, para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección⁷. [El subrayado es de la autora.]

En apoyo a la tesis de Abramovich, a continuación analizaremos casos relevantes de la Corte que crean las condiciones para extender el concepto de discriminación en sus próximas sentencias.

En el 2009, en el caso *González y otras* (“Campo algodonero”) v. México, se determinó una discriminación en razón del género en violación al artículo 1.1 de la Convención, con relación a los artículos 2, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 19, 8.1 y 25.1 de la misma, y artículos 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Se comprobó un patrón sistemático de violencia, asesinato y discriminación contra un

7 Abramovich, V., “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. V. 6 No. 11, *Revista SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2009. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf>>, a octubre de 2014.

alto número de mujeres y **niñas** en Ciudad Juárez, debido a estereotipos y fenómenos sociales y culturales⁸.

La discriminación estructural en asuntos de género ha sido definida como el[...] conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres⁹.

Si bien en el caso “Campo Algodonero” no se analiza bajo el concepto y estándares de una “discriminación estructural”, la Corte indica expresamente en la sección de reparaciones de la sentencia, que las mismas serían ordenadas “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos [...] y que fue reconocida por el Estado”¹⁰. El caso presenta las características propias de una situación de “discriminación estructural”. Existe un grupo vulnerable: mujeres marginadas, una historia de discriminación en razón del sexo por diversos factores, incluyendo prejuicios sociales y culturales; los asesinatos han sido perpetrados de forma sistemática y masiva contra las mujeres y niñas por varios años, en un gran número, y en un lugar determinado.

Posteriormente, en el 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) argumentó a la Corte la

8 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodónero”) v. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 109-462.

9 Facia, A. y L. Fries (comp.), “Introducción: conceptos básicos sobre feminismo y derecho”, en: *Género y Derecho*. Corporación La Morada, Santiago de Chile, 1999. Citado por Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación, *El principio de no discriminación en la ética judicial*, 2 Boletín Género y Justicia, 2009.

10 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodónero”) v. México...* párr. 450.

existencia de una “discriminación estructural” en el contexto de pueblos indígenas en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay. La Corte acogió este argumento sólo como “discriminación”, declarando la violación del artículo 1.1 de la Convención con relación a los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 de la misma. Al respecto, señaló la existencia de una “política discriminatoria y racial” contra los indígenas que continua en la actualidad, y comprobó **patrones discriminatorios de jure y de facto** en el acceso a instituciones públicas, así como patrones discriminatorios en las condiciones económicas, sociales y culturales en que se encuentran desde años¹¹.

Anteriormente, la Corte había decidido casos contra Paraguay sobre pueblos indígenas, pero no se había detenido a analizar la situación de discriminación. En el caso Yakye Axa v. Paraguay, la Corte había realizado “una precisión” sobre la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención ante la condición de grupos vulnerables con características propias; en el mismo sentido, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay reconoció su condición de grupo vulnerable discriminado en cuanto al acceso a documentos de identidad y por tanto, al reconocimiento a la personalidad jurídica¹².

11 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, párrs. 265-275.

12 “Hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 51. “[E]l Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”. Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189.

En estos casos contra el Estado de Paraguay, así como de otros de pueblos indígenas conocidos por el mismo tribunal internacional, se reúnen las características de una “discriminación estructural”. En las sentencias se ha determinado la marginación y discriminación contra pueblos indígenas por razones históricas, étnicas, raciales, socioeconómicas y culturales. Es decir, que la discriminación *de facto* o *de jure* ha afectado siempre al mismo grupo minoritario de personas vulnerables de forma sistemática, generalizada y masiva. Esta discriminación se enfatiza, entre otros, en la lucha por sus tierras y obstáculos para el acceso a justicia, en las condiciones económicas y sociales deplorables de las comunidades, y en la pérdida de la herencia histórica cultural.

En el 2012, la Corte tuvo un acercamiento al concepto de “discriminación estructural” en ocasión dos sentencias que establecen precedentes jurisprudenciales. En el caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, se determinó la discriminación por orientación sexual en violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. Si bien los hechos de este caso no permitirían el desarrollo del concepto, la Corte indicó la existencia de una discriminación histórica contra grupos LGTBI no sólo en Chile sino también en la región, pertenecientes a grupos vulnerables y minoritarios¹³.

Consideramos que en el caso *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, la Corte tuvo la oportunidad de desarrollar el concepto de “discriminación estructural”, esta vez en ocasión de las migraciones, y no lo hizo. Sin embargo,

13 “[L]a 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”. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 92 y 267.

precisó que la carga de la prueba la tiene el Estado, dada la dificultad de probar el “perjuicio racial”, y que las políticas y prácticas discriminatorias *de facto* o *de jure* pueden ser intencionales o no (discriminación indirecta)¹⁴. Recordemos que el Estado dominicano ha tenido antecedentes ante este tribunal internacional, de expulsiones masivas, apatridia y discriminación a haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, desde antes del 2000 en las medidas provisionales de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, y en el 2005 con el caso Niñas Yean y Bosico¹⁵.

En estos casos se evidencia un contexto de “discriminación estructural” hacia un mismo grupo minoritario de personas vulnerables de forma masiva, sistemática y generalizada: las

14 La Corte ha expresado que existen normas, medidas o prácticas que a pesar de no tener una intención manifiesta o teniendo un carácter neutro, en su aplicación son discriminatorias afectando grupos vulnerables en particular, a lo cual ha ceptualizado como “discriminación indirecta”, por primera vez establecido en el 2012 en *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, refiriéndose al “impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”. Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párrs. 40, 228, 228-238. Y, posteriormente, en mismo año 2012 el mismo concepto consta en el *Caso Artavia Murillo y Otros (fertilización in vitro) v. Costa Rica*, cuando señala que “[e]s posible que quien haya establecido [la] norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba”. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párr. 286.

15 Corte IDH, *Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*, medidas provisionales, 18 de agosto de 2000; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

y los migrantes haitianos y sus descendientes nacidos en la República Dominicana, indocumentados o no, quienes han sido históricamente discriminados en razón del grupo étnico, raza y nacionalidad, y por su situación económica, social y cultural. Viven en condiciones de extrema pobreza y marginalización.

Si bien la Corte indicó expresamente en *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana* que no “era necesario” pronunciarse sobre “discriminación estructural”, la sentencia reconoció una discriminación *de facto* en violación al artículo 1.1 de la Convención. La misma en ocasiones se refiere a un “contexto de discriminación” o “discriminación” contra migrantes haitianos y contiene elementos que permiten avanzar la jurisprudencia del tribunal en una próxima decisión¹⁶.

Recientemente la Corte dictó Sentencia sobre el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Deportadas v. República Dominicana* (antes presentado por la Comisión como “Benito Tide Méndez y otros”¹⁷), el cual era una oportunidad para desarrollar el nuevo concepto. Se refiere a la misma problemática de Derecho a la Nacionalidad planteada en *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, y deportaciones colectivas de migrantes sin debido proceso reconocida en *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*. En este caso las deportaciones colectivas fueron tanto a dominicanos como de haitianos sin garantías de debido proceso, y por primera vez la Corte establece que en el país existe un contexto de discriminación,

16 Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana...* párrs. 40 y 228; 91, 99, 103, 109, 177, 178, 230, 232 y 238.

17 Comisión IDH, *Benito Tide Méndez y otros respecto de la República Dominicana*, Informe de 12 de julio de 2012, Caso 12.271.

incluyendo discriminación racial respecto a migrantes haitianos y sus descendientes en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

El análisis de la Corte sobre el contexto de discriminación revela las características de una “discriminación estructural” a grupos vulnerables históricamente discriminados; en efecto, la Corte constató la existencia de un contexto de “prácticas” o “patrones sistemáticos de violaciones de derechos humanos” *de jure y de facto* en el examen de las condiciones socio-económicas en que viven los migrantes y sus descendientes en el país, la reiterada negación el derecho a la nacionalidad a los descendientes de haitianos nacidos en territorio dominicano y las expulsiones colectivas; esto, en base al acervo probatorio, antecedentes históricos y procesos anteriormente conocidos por ante la Corte respecto de República Dominicana¹⁸.

Haciendo referencia a un reporte del Comité de Discriminación Racial de 2013 la Corte se refiere al concepto de “racismo estructural y generalizado de la sociedad dominicana” [...] basada en el color de piel y en el origen nacional”. Sin embargo, la Corte sigue la tendencia del concepto de “discriminación indirecta” al cual nos referimos anteriormente desarrollado por primera vez en el caso Nadege Dorzema; mientras que tanto la Comisión como el Estado se refieren al concepto de discriminación estructural en su argumentación pero sin enfatizar su alcance o significado¹⁹.

Hemos analizado anteriormente casos puntuales fallados por la Corte en los últimos cuatro años, relacionados a temas de

18 Corte IDH, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas Deportadas v. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párrs. 153-169.

19 Corte IDH, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas Deportadas v. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párrs. 153-169.

discriminación de género, indígenas, grupos LGTBI y migrantes y sus descendientes. Por lo que, partiendo del estado actual de la jurisprudencia de este tribunal internacional, las características comunes en los casos analizados anteriormente y siguiendo las corrientes de la doctrina en la materia, podemos extraer un concepto y estándares de “discriminación estructural”. El *test* sería el siguiente:

- a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser minoría.
- b) Que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable.
- c) Que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural.
- d) Que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región.
- e) Que la política, medida o norma *de jure* o *de facto* sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional.

Definitivamente, el estado actual de la evolución jurisprudencial de la Corte contiene elementos y se encuentra en condiciones para elaborar un concepto de “discriminación estructural”, de manera que se puedan establecer estándares. Por lo que se continuaría avanzando con otros casos que reúnan las condiciones y otros grupos vulnerables hacia lo que señala Abramovich, de una noción de “discriminación” clásica a una noción de “discriminación” dirigida a la protección de grupos vulnerables tradicionalmente excluidos.