

ERRADICAR LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN LA REGIÓN AMÉRICA: UNA META POSIBLE Y DESEABLE

ERADICATING STRUCTURAL DISCRIMINATION IN THE AMERICA REGION: A POSSIBLE AND DESIRABLE OBJECTIVE

*Roxana del Valle Foglia**

Resumen: En el seno de las sociedades aún persisten prácticas discriminatorias, pese al notable avance de la protección de los derechos humanos impulsado, en lo jurídico, por Convenciones y Tratados Internacionales y mecanismos creados, como garantía de su cumplimiento.

Los Estados tienen el deber de garantizar los derechos a todas las personas, en base a los principios de igualdad y no discriminación, deben realizar acciones positivas – afirmativas- para erradicar tales prácticas e implementar, en plazos razonables, programas para la formación y capacitación en derechos humanos, de funcionarios estatales y extenderlos a los sistemas educativos, de todos los niveles.

Abstract: Discriminatory practices still persist within societies, despite the notable progress in the protection of human rights promoted, legally, by International Conventions and Treaties and mechanisms created, as a guarantee of their compliance.

The States have the duty to guarantee the rights of all people, based on the principles of equality and non-discrimination, they must take positive – affirmative – actions to eradicate such practices and implement, within reasonable periods, programs for education and training in human rights of state officials and extend them to educational systems at all levels.

Palabras clave: no discriminación, igualdad, derechos, dignidad, inclusión.

Key words: non-discrimination, equality, rights, dignity, inclusion.

1. Introducción

La perdurabilidad de contextos estructurales y crónicos de discriminación, en las sociedades democráticas actuales, nos obliga a indagar sobre el grado de evolución de los sistemas protectorios internacionales y su real influencia en los Estados partes. Para ello, partimos de indagar sobre ¿Cuáles son los marcos en que pensamos la discriminación?

Lakoff¹ afirma “Los marcos son estructuras mentales que conforman nuestro modo de ver el mundo. Como consecuencia de ello, conforman las metas que nos proponemos,

Artículo recibido el 16/8/2021 – aprobado para su publicación el 1/11/2021.

*Magister en derecho procesal. Profesora en Derecho Procesal Constitucional, en Procesos Colectivos Constitucionales, en Derecho Constitucional -Facultad Derecho, Universidad Nacional de Córdoba-. Observadora electoral internacional. Autora de diversas publicaciones jurídicas. Integrante de comisiones evaluadora de revistas (nacional e internacional). Docente investigadora CIJS. Diplomada en género. Especialista en Justicia Constitucional (Universitá Di Pisa). Diplomada en Pueblos Migrantes. Especialista en Abogacía del Estado. Diplomada en Derecho Municipal. Correo electrónico: roxanafoglia@gmail.com

¹ LAKOFF George (2007). *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*. Madrid: Editorial Complutense.

los planes que hacemos, nuestra manera de actuar y aquello que cuenta como el resultado bueno o malo de nuestras acciones”², nuestros marcos en política conforman nuestras políticas sociales y las instituciones que creamos para materializar dichas políticas.

Podemos conocer nuestros marcos a través del lenguaje. El autor citado, para confirmar sus afirmaciones, en sus clases como profesor, realiza un ejercicio con sus alumnos, les solicita lo siguiente: “No pienses en un elefante”. Hagas lo que hagas, no pienses en un elefante”; siempre obtiene el mismo resultado: “Toda palabra, como elefante, evoca un marco, que puede ser una imagen o bien otro tipo de conocimiento: los elefantes son grandes, tienen unas orejas que cuelgan, y una trompa; se los asocia con el circo, etc. La palabra se define en relación con ese marco. Cuando negamos un marco, evocamos el marco”³.

Es decir, “Todas las palabras se definen en relación a marcos conceptuales; cuando se oye una palabra, se activa en el cerebro su marco (o su colección de marcos).

Siguiendo esta posición, podríamos indagar cual es el marco que aflora, en nuestra mente, cuando escuchamos términos tales como “discriminación”. ¿Nos representamos las vivencias de cientos de personas que no acceden a una vida digna, por la inacción o acción daños o perjudicial de otras tantas personas; advertimos sus rostros, sus miradas, sus gestos? ¿Nos percatamos que no podemos permanecer indiferentes, pasivos, despreocupados por remarcar y construir un mundo inclusivo? ¿Nos construimos como un “nosotros/as”?

Cuando pensamos en “discriminación”, ¿empatizamos con quienes la padecen a través de los ojos de nuestras vivencias; asumimos que ciertas prácticas nos colocan en desventaja o colocamos en desventaja a otra u otras personas o la naturalización de ellas nos impide conmovernos y reaccionar para cambiar la visión que percibimos de lo que es bueno o malo. Cuando somos discriminados/as, en alguna situación, ¿nos percatamos o lo despersonalizamos y pensamos que la discriminación sólo lo sufren los otros/as? ¿Alguien más, alguien sin rostro, lejano/a, desconectado/a de nuestra existencia, un “no-nosotros/as”? En expresión de Lakoff, “No podemos dejar de pensar en el elefante”.

Es relevante, entonces, ahondar en que implica la “discriminación”, cuáles son las practicas, hechos, actos, inacciones, lenguajes, que lo configuran para desenmarcar los contextos de vulnerabilidad; recrear nuevos marcos, remarcar, con otra visión del mundo en que la dignidad humana no sea una prédica en medio del desierto.

Por lo general, cuando hablamos de discriminación lo contraponemos al pleno ejercicio de derechos atribuidos a los individuos, Ferrajoli señala que *hay que preguntarse si el lenguaje de los derechos subjetivos, como derechos atribuidos a los individuos bien que de forma universal en garantías de sus intereses individuales, es un lenguaje adecuado y suficiente para formular las técnicas de tutela requeridas por tales bienes, de cuya importancia vital, aunque sea objeto de otros tantos derechos sociales, las personas a veces no son siquiera conscientes*⁴; recuerda los diversos instrumentos que incluyen los bienes fundamentales como es el Tratado sobre el Espacio Extraterrestre (1967) y el Tratado sobre el Mar (1982).

² LAKOFF George, obra citada, p. 4

³ LAKOFF George, obra citada, p. 9

⁴ FERRAJOLI Luigi (2018) *Constitucionalismo Más allá del Estado*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez). Madrid: Editorial Trotta, p. 39.

Es necesario mencionar los derechos fundamentales, pero no suficiente, requiere de garantías más robustas para erradicar las prácticas discriminatorias que subyacen desde el Estado y desde la Sociedad; claro es, quien tiene la mayor responsabilidad es el Estado en fomentar y educar acerca de los derechos humanos y, además, debe garantizarlos, adjetiva y sustancialmente.

2. La Constitucionalización de los derechos humanos. Un paradigma en construcción

Ferrajoli enfatiza que el siglo XX fue terrible, inmerso en totalitarismo e imperialismos, y el mal absoluto retractado en el “holocausto”, dos guerras mundiales y la muerte de miles de personas, la constante amenaza nuclear y la agresión al ambiente. En esa drástica descripción de una realidad, apenas transcurrida, se rescata los rayos de luces que penetraron las tinieblas del odio exponencial, que cubrió sinrazón a la humanidad. Tal luminaria es debido al nacimiento de la *democracia política y de la afirmación en el sentido común de los valores de la paz, la igualdad y los derechos humanos...fue también el siglo de la refundación de la democracia bajo las formas de la democracia constitucional...merced a la garantía de los derechos...*⁵.

La devastadoras experiencias de las guerras y los regímenes totalitarios, en Europa, los golpes militares en la historia institucional, en América, entre otros males, obligó a la humanidad a reflexionar en la vida misma, en su fragilidad frente al poder, en los cuerpos vulnerados⁶, en la despersonalización del propio ser y el aniquilamiento de todo resto de humanidad en la existencia de miles de víctimas, sumergidas en las más atroces historias de desprecio por el otro (sin duda Auschwitz resumen, cruelmente, todo lo que es capaz el ser humano de causar a otra persona).

Ese pasado, que nos marca en el presente, despertó las conciencias adormecidas de quienes levantaron las primeras voces, desde los ámbitos políticos, institucionales, jurídicos, sociales, académicos, a niveles nacionales e internacionales, para anclar los derechos humanos incluso en Cartas políticas de diversos Estados.

Surgen con ímpetu las declaraciones y convenciones regionales y universales sobre los derechos humanos y, no menos importante, la creación de organismos internacionales para acudir, complementariamente, a la protección de posibles víctimas de violaciones a esos derechos.

Ferrajoli resalta que la *humanidad fue capaz de detenerse a reflexionar sobre su propio futuro*⁷.

Ese optimismo se opaca cuando el futuro se transformó, en presente; si bien, los avances son alentadores y los vientos de cambios aún continúan soplando, lo cierto es que existen miles de personas cuyos derechos son negados o retaceados.

Aún persisten las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias basadas en motivos de raza, color u origen nacional, género, condición económica, y otras tantas categorías creadas, arbitrariamente o ilegalmente, para negar derechos. La afectación no sólo se particulariza, sino que recae sobre colectivos colocados en situación de vulnerabilidad, por la irracionalidad o egoísmos.

⁵ FERRAJOLI Luigi (2018), obra citada, p. 12.

⁶ BUTLER Judith (2006). *Vida precaria- El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, p. 49.

⁷ FERRAJOLI, Luigi (2018), obra citada, p. 11.

3. La importancia de consagrar los derechos humanos en la Constitución

La constitucionalización de los derechos no es baladí. La ley, como fuente de derecho, debe resguardar los procedimientos formales que fija el texto constitucional y, en lo sustancial, su contenido, debe resguardar los derechos humanos. La omnipotencia del legislador cede ante la supremacía constitucional, nada está por encima de la Norma Fundamental, y cuando el juez controla, su resguardo, hace responsable al Estado internacionalmente en los casos en que desatiende el marco protectorio internacional.

La democracia adquiere una dimensión sustancial en tanto constituye una garantía de los derechos constitucionales, derechos que no pueden ser arrasados por una simple mayoría en la toma de decisiones, esto es, la dimensión procedimental⁸.

En teoría, el avance es significativo, pero la praxis advierte que aún los resortes de la Constitución sustancial no se afirmaron sobre bases más firmes⁹.

Urge recuperar en la agenda pública los espacios necesarios para refloatar el paradigma de los derechos humanos, explicitado en el proyecto constitucional, con la premisa que los derechos se encuentran interconectados e interrelacionados: sin garantizar los derechos sociales, económicos y culturales no puede garantizarse plenamente los derechos civiles y políticos¹⁰.

La discriminación en muchas ocasiones es atravesada por contextos crónicos de pobreza; se garantiza derechos civiles sin el contenido social o económico o cultural que requiere para el ejercicio pleno de aquellos; *vg.* se reconoce el derecho ancestral a las tierras de comunidades indígenas, en países de la región americana (Paraguay, Argentina, por citar), empero las barreras económicas, sociales, culturales, políticas, trae como consecuencia, en muchas situaciones de vida, que los interesados desconozcan ese derecho o se encuentran imposibilitados de ejercerlo: no tienen acceso a educación, medicamentos, alimentación¹¹ y vivienda adecuada, agua potable, vestimenta; en tales condiciones invocar a su respecto derechos resulta vacuo.

Ya no es tiempo para dogmáticos, el futuro es ahora, se requiere dar respuestas a las urgencias de cientos de personas que son relegadas a condiciones de extrema vulnerabilidad: no sólo se discrimina en lo singular sino a colectivos como migrantes, minorías sexuales, comunidades indígenas, personas con discapacidad, sólo por citar.

⁸ CIDH, caso “Gelmán vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de Febrero de 2011. (Fondo y Reparaciones). Serie C, 222.

⁹ FERRAJOLI habla incluso de un proceso deconstituyente, mencionando al menos tres factores: 1) Asimetría entre el carácter global de la economía y el capital financiero, 2) un fuerte apoyo a la ideología neoliberal y su razonabilidad económica: prevalecen las normas económicas sobre el derecho, sobre la razón política y la razón jurídica consistente éste última en el proyecto constitucional de la igualdad, de la dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales, 3) existe un proceso de despolitización y de disgregación de nuestras sociedades; ver FERRAJOLI Luigi, obra citada, p. 20.

¹⁰ CASCADO TRINDADE Antonio Augusto. “La Protección Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales”. Serie: Estudios de Derechos Humanos Tomo I. Página web: https://ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-01/Unidad_2/Lecturas/1.pdf

¹¹ Estas vulneraciones quedaron retractadas en el caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, al expresar la Corte Interamericana de Derechos Humanos “En cuanto al acceso a alimentos, los miembros de la Comunidad sufrieron “graves restricciones [...] por parte de los titulares de [las] tierras [reclamadas]. Una

La pandemia, declarada en el año 2020¹², dejó en claro lo que estaba desenmascarado: el bienestar de unos se encuentra íntimamente vinculada al bienestar de otros tantos; la muerte acecho a nivel global y el no acceso igualitario, oportuno, eficaz y eficiente a la vacunación, para contrarrestar el virus COVID-19, provocó pérdidas de vidas de millones de personas, además, pérdidas económicas, a nivel mundial (v.g. cierre de cientos de puestos laborales, de empresas). Allí surgió otra realidad oculta; la mayoría de los países, en las últimas décadas, desatendieron los sistemas de salud; la razón económica doblegó las políticas públicas sanitarias, mucho antes de la emergencia sanitaria. Una vez más el reconocimiento de un derecho civil como es el derecho a la salud no es garantizado por su amputación, por desconocer su esencia de constituir un derecho económico-social: “Tener derecho a la salud no es suficiente”. Esta experiencia sanitaria-epidémica reflota las inquietudes de pensadores sobre la necesidad de un “constitucionalismo a nivel global”, ya que cada vez más los pobres dependen menos de las decisiones internas y más de las adoptadas por los poderes extraestatales o de los poderes económicos globales¹³; piénsese en que las estrategias contra la pandemia dependían en gran parte del acceso a las vacunas. Ni que decir sobre la actuación de los organismos internacionales tales como la Organización Mundial de la Salud que apenas pudo esbozar una declaración tardía de la pandemia, sin otra actuación eficaz. Este papel secundario lleva a repensar sobre el real avance de las instituciones a nivel no sólo nacional sino internacional, y su real rol de eslabón en la cadena de garantías de los derechos humanos. Claramente, la emergencia sanitaria demostró lo mucho que falta en la protección sustancial y adjetiva de las personas, aunque esta realidad no implica que abandonemos la posibilidad de pensar y desarrollar alternativas: “Para avanzar se necesita empezar a girar la rueda”.

4. La discriminación estructural: una violación al principio de igualdad

Juntamente con la internalización de los derechos humanos y su constitucionalización también aparece, en escena, la globalización, incidiendo en su faz negativa sobre aquellos. La globalización trajo un aumento exponencial de la pobreza y miseria, a gran escala.

En ese interín resurgen añejos sentimientos, cuya superación se presumía por un exacerbado optimismo posguerra. El racismo es uno de ellos, en latente acecho, se recrudece cuando una avalancha de migrantes atraviesa las fronteras para huir del hambre y la miseria, y es cuando el derecho a migrar, pregonado por convenciones internacionales, pierde sustancialidad. Lo drástico es que el odio, el rechazo, proviene en no pocos casos de trabajadores, que se encuentran también atrapados y atravesados por diversas vulnerabilidades e incluso de igual origen migratorio (v.g. personas con discapacidad, mujeres mayores, personas pertenecientes al colectivo LGBT, personas en “situación de calle”); es decir, una “lucha de pobres contra pobres”.

de ellas fue no poder contar con hacienda propia (ganado vacuno o de otra índole) por prohibición del patrón, [y se les prohibió cultivar [y cazar]”. Por ello, las fuentes de alimento disponibles eran limitadas. A su vez, la dieta alimentaria era limitada y pobre”, ver CIDH, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek VS. Paraguay”. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, reparaciones y Costas). Serie C, 214, párr. 195.

¹² La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la epidemia el 30-01-2020, caracterizada como pandemia el 11-3-2020.

¹³ FERRAJOLI Luigi (2018), obra citada, p. 42.

Pero no sólo la pobreza es el campo propicio para el despliegue de discriminaciones, sino que también persisten prácticas, hechos, actos u omisiones provenientes tanto del sector público como de la sociedad civil, que atentan contra las personas al realizarse, entre ellas, distinciones, clasificaciones, diferenciaciones, de carácter arbitrario, caprichoso, injustificado, injusto, conculcando sus derechos humanos, de tal manera.

Las políticas públicas resultan insuficientes o inexistentes para paliar el trato desigual respecto a colectivos por motivos diversos tales como raciales, étnicos, religiosos, nacionalidad, sexo, edad, condición física o mental, orientación sexual, etc.

5. Casos analizados por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos

Para dar un marco al término “discriminación” repasamos algunos casos resueltos por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Corte”) para “dejar de pensar en el elefante” y pensar en las personas y los contextos de vulnerabilidad en que son colocadas por los tratos desiguales.

5.1. Caso Yatama Vs. Nicaragua¹⁴

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante la Comisión IDH), el 17 de junio de 2003, sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos para alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (en adelante “YATAMA”). Dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales, realizadas el 5 de noviembre de 2000, en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (en adelante “la RAAN” y “la RAAS”), a consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral, del país demandado.

La Comisión señaló que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos, a efectos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales, ya mencionadas. Tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas, en dichos procesos electorales.

Del análisis de la sentencia surgen las siguientes consideraciones:

- El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.
- Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo.

¹⁴ CIDH, caso “Yatama vs. Nicaragua”. Sentencia de 23 de junio de 2005. (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, 127.

- Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.
- El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o, de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, existe la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho Tratado, y consagra un derecho que, también, acarrea obligaciones al Estado en orden a respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.
- Respecto a los *Derechos políticos en una sociedad democrática*, la Corte ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros¹⁵.
- Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.
- En cuanto al contenido de los derechos políticos señala que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (artículo 23 de la Convención).
- Los ciudadanos tienen el derecho de participar, en la dirección de los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad, a quienes los representarán.
- La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección, si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.
- El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales, a través de funciones públicas. Se entiende que, estas condiciones generales de igualdad, están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

La Corte entendió que la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA, una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política.

¹⁵ Convención Americana, artículo 27.

El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria, para satisfacer un interés público imperativo.

Es decir, que los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación, en condiciones de igualdad, en las elecciones municipales, ya mencionadas.

La Corte estima que, el Estado, debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos.

En el Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay¹⁶, la Corte recuerda que conforme a los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana son dos ejes transversales a los derechos humanos y, además, que los miembros de los grupos étnicos y culturales son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos. Deben gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación de ninguna índole.

Agrega, ante ciertos contextos o situaciones los Estados deberán adoptar medidas positivas para garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos.

5.2. Caso “Comunidad indígena Yákmok Kásek vs. Paraguay”¹⁷

La demanda se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado, ante la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, atento a que desde 1990 tramita la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, sin que hasta la fecha de presentación ante la Corte se hubiera resuelto satisfactoriamente. Según la Comisión tal tardanza y no reconocimiento significó la imposibilidad para la Comunidad en acceder a la propiedad y posesión de su territorio y, por las propias características de la misma, implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte rescata el **carácter multiétnico** de la Comunidad Xákmok Kásek. Observa que en el “Paraguay existen 20 etnias indígenas pertenecientes a cinco familias lingüísticas, entre ellas, los Enlhet-Enenlhet han habitado tradicionalmente, desde tiempos inmemoriales, el Chaco paraguayo; son sujetos históricos que se han reconfigurado social y lingüísticamente a partir de una base mayor y más heterogénea de grupos, aldeas y bandas distribuidas en aquel territorio”¹⁸. El proceso de colonización

¹⁶CIDH, caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, 125.

¹⁷CIDH, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek VS. Paraguay”. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, reparaciones y Costas). Serie C, 214.

¹⁸CIDH, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek VS. Paraguay”, citado, párr. 37 y ss.

del Chaco y el establecimiento de estancias obligó a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las estancias. La historia particular de la Comunidad Xákmok Kásek, revela que miembros de las aldeas Sanapanás y Enxet, que tradicionalmente se encontraban en la zona, donde posteriormente se fundó la Estancia Salazar, fueron dejando sus lugares originales y se fueron juntando cerca del casco de la Estancia, y “allí poco a poco la gente se fue mezclando, casándose entre sí”¹⁹.

La Comisión alegó que “el presente caso ilustra la persistencia de factores de discriminación estructural en el ordenamiento jurídico del Paraguay, en lo relativo a la protección de su derecho a la propiedad del territorio ancestral y los recursos que allí se hallan”²⁰.

Del caso relatado surgen aportes contundentes por parte de la Corte:

- No corresponde ni a la Corte Interamericana ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. **La identificación de la Comunidad**, desde su nombre hasta su composición, **es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía**. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que, en este sentido, presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.
- Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones al derecho a la vida, es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.
- En particular, los Estados tienen el deber de impedir que sus agentes atenten contra el derecho a la vida²¹. Los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.
- Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.
- El Estado se encuentra especialmente “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”.
- El artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio,

¹⁹ CIDH, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek VS. Paraguay”, citado, párr. 41.

²⁰ CIDH, caso citado, párr. 265.

²¹ Convención Americana, artículos 1.1. y 4.

respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención, es *per se* incompatible con la misma.

- El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.
- El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos, consagrado en varios instrumentos internacionales, en la doctrina y jurisprudencia.
- En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.
- En lo que respecta a pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”
- Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*.
- Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.

La Corte establece que existió una situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad y se debe, *inter alias*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.

Tal cuadro de situación evidencia una discriminación *de facto*, en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos violados.

Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.

A méritos de esas consideraciones, concluye que el Estado no ha adoptado medidas suficientes y efectivas para garantizar, sin discriminación, los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.

5.3. Caso “de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”²²

El 11 de julio de 2003 la Comisión IDH sometió ante la Corte una demanda contra la República Dominicana, alegando que el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli*, para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. Esto obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores. Se negó su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas, lo que aparejó otras consecuencias, igualmente violatorias, como la imposibilidad de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad.

La Corte reafirma:

- La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población, al momento de ejercer sus derechos.
- Los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.
- Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, que tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.

Es relevante el aspecto simbólico y práctico, que contiene la sentencia, por cuanto considera necesario que el Estado implemente, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción de nacimiento, en el cual se les instruya sobre la especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación.

5.4. Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana²³

El 11 de febrero de 2011 la Comisión IDH sometió a la Corte el caso, en glosa, contra el Estado de República Dominicana, fundándose en lo que describió como “*el uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de haitianos, en el cual perdieron la vida siete personas y resultaron heridas varias más*”. El Tribunal americano constata, como antecedentes contextuales e históricos previos, que “las primeras grandes migraciones de haitianos hacia la República Dominicana ocurrieron durante el primer tercio del siglo 20, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos

²² CIDH, caso “De las Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana”. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, 130.

²³ CIDH, caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”. Sentencia de 24 de octubre de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, 251.

azucareros de aquel país. Los ingenios dominicanos estuvieron en un primer momento bajo el control de empresas privadas y después, en su mayoría, pasaron al control del Consejo Estatal del Azúcar. Muchos migrantes haitianos pasaron a vivir de forma permanente en la República Dominicana, constituyeron familia en este país y ahora viven con sus hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos de ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en la República Dominicana. Según distintas estimaciones, en República Dominicana viven entre 900.000 y 1,2 millones de haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana. La población total de República Dominicana es de aproximadamente 8.5 millones de habitantes...Dicha migración de personas haitianas se da mayormente en virtud de las condiciones de degradación ambiental y la pobreza en Haití y de la esperanza de oportunidades laborales y mejores condiciones socioeconómicas en República Dominicana. Asimismo, muchos de los haitianos en República Dominicana sufren condiciones de pobreza, marginalidad derivada de su estatus legal y falta de oportunidades”²⁴.

A raíz de estas migraciones un grupo de nacionales haitianos ingresa en territorio dominicano, al ser interceptados por patrullas militares, luego de disparos efectuados por éstos, pierden la vida siete personas y otras sufren heridas.

Los hechos narrados, para la Comisión, configuran un contexto estructural, en República Dominicana, contra personas haitianas o de descendencia haitiana; no obstante, la Corte decide, no pronunciarse sobre ese punto, por considerarlo innecesario sin ofrecer mayores argumentos; de todas maneras, analiza si existieron actos discriminatorios contra las víctimas, por su condición de migrantes.

El artículo 1.1 de la Convención Americana establece el respeto y garantía de los derechos reconocidos en ella, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color [...] origen nacional o social, posición económica [...] o cualquier otra condición social”. Asimismo, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación racial define a la discriminación como:” [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Además, toma en cuenta el contexto del caso, en que se analizaron diversas situaciones de vulnerabilidad en contra de las víctimas haitianas, en razón de su condición de migrantes irregulares, específicamente, derivado de la violencia desplegada y el trato a los sobrevivientes y personas fallecidas.

La Corte repasa diversos informes presentados²⁵, entre otros, por el Relator sobre discriminación y la Experta Independiente sobre minorías, ambos de Naciones Unidas, así como de diversos organismos internacionales, quienes se pronunciaron respecto de prácticas históricas de discriminación en República Dominicana, que se manifiestan en el trato a los migrantes irregulares y en el ejercicio de sus derechos²⁶.

²⁴ CIDH, caso “Nadege Dorzema”, ya citado, párrs. 39 y ss.

²⁵ CIDH, caso citado, párr.232.

²⁶ ²⁶ Entre otros, *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, supra*, párrs. 109.1 a 109.3; Informe conjunto del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y de la Experta Independiente sobre cuestiones de las minorías. Consejo de Derechos Humanos. UN DOC A/HRC/7/19/Add.5 y

Luego la Corte procede a realizar ciertas precisiones respecto a los derechos de los migrantes, en resumen:

- En cuanto a los derechos de los migrantes, es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea **razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos**. Ejemplo de ello puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de migrantes, pero siempre asegurando el debido proceso y la dignidad humana independientemente de su condición migratoria.
- El derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria.
- Una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables.
- Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*.
- Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de

A/HRC/7/23/Add.3 (en adelante: “Informe conjunto”), 18 de marzo de 2008, p. 8, 19, 20, 24, 26, 30, 32, 33, 44, (expediente de anexos al informe de fondo, folio 1483); Huéspedes Mal Recibidos: Un Estudio de las Expulsiones de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano de la República Dominicana a Haití. International Human Rights Law Clinic, Boalt Hall School of Law, University of California at Berkeley, 2002 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VI, folios 3487, 3498, 3499, 3500, 3513, 3514, 3520 a 3524, 3526, 3542); Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Githu Muigai. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. UN Doc. A/HCR/14/43/Add.1., 21 de mayo de 2010, párr. 57 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo IV, folio 3371); Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. CCPR/CI79/Add.18., 5 de mayo de 1993, párr. 5 (expediente de anexos al informe de fondo, tomo I, folio 1436); Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. CCPR/C0I71/DOM. 26 de abril de 2001, párr. 16 (expediente de anexos al informe de fondo, tomo I, folio 1442); Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.LN/II.104, Doc. 49 rev. 1, 7 octubre 1999, párr. 328 (expediente de anexos al informe de fondo, tomo I, folios 1347 y 1348); Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de seguimiento de las recomendaciones de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, 2001, párr. 88, 89 y 130 (expediente de anexos al informe de fondo, tomo I, folio 1421, 1423 y 1432), y Human Rights Watch, "Personas Ilegales: Haitianos y dominico-haitianos en la República Dominicana", vol. 14, no 1(B), abril de 2002 (expediente de anexos al informe de fondo, tomo I, folio 1524 a 1530). Ver también Nota de prensa aparecida el 27 de enero de 2001 en el diario digital denominado Info Haïti, titulada “Polémique entre la hiérarchie militaire et le chancelier dominicain sur la question des illégaux haïtiens” (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, tomo V, folio 3139); Nota de prensa aparecida el 21 de enero de 2001 en el diario digital (la cita es una reproducción textual de la realizada por la CIDH, en el caso bajo análisis).

determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias

- El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional

La Corte concluye que existió una discriminación *de facto* en perjuicio de las víctimas por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de los derechos; el Estado no respetó ni garantizó los derechos de los migrantes haitianos sin discriminación²⁷.

5.5. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile²⁸

La Comisión IDH presentó una demanda contra el Estado de Chile (17 de septiembre de 2010). El caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial, que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas, cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

En base a los hechos constatados y el marco convencional, la Corte puntualiza:

- La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre.
- Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.
- El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad.

²⁷ Convención Americana, arts. 1.1 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 y 25.

²⁸ CIDH, Caso Atala Riffo y Niñas VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, 239.

En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación, violatorias de los derechos humanos.

- Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido, a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos, como el presente, constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad.
- Recalca que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.
- La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

El Tribunal regional concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema de Chile y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio. Declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana.

CONCLUSIONES

En el seno de las sociedades aún persisten prácticas, actos, hechos, actos, omisiones, que denotan una intolerancia por condiciones tales como la raza, el sexo, la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, la económica, entre otras, de una persona.

Esto reproduce los contextos históricos y crónicos de discriminación que subyacen en la actualidad, pese al notable avance de la protección de los derechos humanos de la mano de Convenciones y Tratados Internacionales y de los mecanismos creados, como garantía de su cumplimiento.

Es por ello, que los Estados no sólo tienen el deber de garantizar los derechos a todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, arbitrarias o injustas y/o ilegales; sino que, además, debe realizar acciones positivas – afirmativas- para erradicar prácticas discriminatorias, ya sea que éstas sean directas o reflejas, de *facto* o de derecho, aportando, de tal manera, al avance social y la configuración de una real sociedad multicultural y multidimensional, plenamente inclusiva.

Para proceder de tal manera, requiere, además, que el Estado implemente, en plazos razonables, programas para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de funcionarios estatales, extendiendo dichos programas a los sistemas educativos, de todos los niveles, impulsando, en esa sintonía, la cultura de tolerancia, inclusión y no discriminación.