



UNIVERSIDAD DE CHILE

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

# **Violación estructural de derechos humanos, análisis y aplicación jurisprudencial en Chile**

Memoria para optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales.

Andrés Benjamín Fredes Cerain

Profesor Guía: Liliana Galdamez

2020

## INDICE

<a href="#">Resumen</a> .....	2
<a href="#">Introducción</a> .....	3
<a href="#">Capítulo I: Análisis de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</a> .....	5
1.1. <a href="#">Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile</a> .....	6
1.2. <a href="#">Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana</a> .....	9
1.3. <a href="#">Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México</a> .....	12
1.4. <a href="#">Caso Duque vs. Colombia</a> .....	16
1.5. <a href="#">Caso Flor Freire vs. Ecuador</a> .....	18
1.6. <a href="#">Casos González Lluy y otros vs. Ecuador</a> .....	20
1.7. <a href="#">Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala</a> .....	24
1.8. <a href="#">Síntesis del capítulo:</a> .....	27
<a href="#">Capítulo II: Estudio de Doctrina sobre violaciones estructurales de derechos humanos</a> .....	29
2.1. <a href="#">Evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: nuevos conceptos</a> .....	29
2.2. <a href="#">Concepto y tipos de discriminación</a> .....	33
2.3. <a href="#">Escisión entre la realidad normativa y la social</a> .....	35
2.4. <a href="#">Consagración del derecho a la no discriminación en Chile desde una perspectiva constitucional</a> .....	37
2.5. <a href="#">Síntesis del capítulo</a> .....	43
<a href="#">Capítulo III: Análisis de sentencias chilenas en casos de discriminación</a> .....	45
3.1. <a href="#">¿Por qué discriminación y no violación estructural?</a> .....	45
3.1.1. <a href="#">Relación entre ambos conceptos</a> .....	45
3.1.2. <a href="#">En cuanto a la competencia de los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos</a> .....	46
3.1.3. <a href="#">Estructura del análisis</a> .....	46
3.2. <a href="#">Sentencias sobre casos de discriminación en las que no se hace referencia a una violación estructural</a> .....	47
3.2.1. <a href="#">Discriminación por enfermedad o discapacidad</a> .....	47
3.2.2. <a href="#">Discriminación por nacionalidad</a> .....	52
3.2.3. <a href="#">Discriminación por identidad de género</a> .....	54
3.3. <a href="#">Sentencias sobre casos de discriminación en las que sí se hace referencia a una violación o discriminación estructural</a> .....	57
3.3.1. <a href="#">Sentencia causa Rol 4279-2014, Corte de Apelaciones de Temuco</a> .....	57
3.3.2. <a href="#">Sentencia Rol 3335-2018, Corte de Apelaciones de Valparaíso</a> .....	59
3.3.3. <a href="#">Sentencia Rol 516-2016, Corte de Apelaciones de La Serena</a> .....	60
3.4. <a href="#">Síntesis del Capítulo</a> .....	63

<a href="#">Conclusiones</a> .....	64
<a href="#">Bibliografía</a> .....	67

## **Resumen**

Las violaciones estructurales de derechos humanos son aquellas en que existe un actuar institucional, de parte de los órganos estatales, que vulnera los derechos de personas pertenecientes a un grupo humano discriminado. Este actuar se encuentra justificado por un estándar cultural, presente en el contexto social en que se dan las violaciones, que normaliza e invisibiliza la discriminación. Como concepto su data es reciente, dado que como fenómeno se hace frecuente en el periodo posterior al de las dictaduras latinoamericanas. Además, es un concepto que fundamentalmente ha tenido su desarrollo a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en este trabajo se pretende analizar y sistematizar la noción del concepto que ha evolucionado a través de las distintas sentencias de la Corte, incorporar a dicho análisis elementos de la doctrina relacionada, elucidar un nuevo concepto, para luego aplicarlo en el análisis de sentencias chilenas en materia de discriminación. El producto de este último análisis mostró que los tribunales chilenos no han podido incorporar totalmente la noción de violación estructural de derechos, debido principalmente a las limitaciones de sus facultades y las normas que rigen la forma en que conocen y juzgan los casos.

## Introducción

El periodo de dictaduras militares y regímenes totalitarios a lo largo de Latinoamérica quedó atrás, al menos en una gran mayoría. Este implicó la violación de derechos sistemática y directa de parte de los aparatajes estatales en contra de las personas. Desapariciones de personas, torturas, ejecuciones, detenciones ilegales, suspensión de la participación política, de la libertad de expresión, del derecho a un procedimiento racional y justo, son parte de la caracterización de la forma en que el andamiaje de los Estados operaba en esa época.

Actualmente no son los regímenes estatales los que se conforman y funcionan transgrediendo las garantías sobre los derechos fundamentales, o no de la misma manera que sucedió a finales del siglo XX. Actualmente se trata de afectaciones colectiva de derechos, que afectan a grupos amplios de personas, y que son invisibilizada por la sociedades en las que ocurren.

En efecto, las sociedades americanas han tendido a formar estándares culturales que justifican y normalizan la discriminación y vulneración de ciertos grupos humanos con características comunes, como lo son las personas homosexuales, transgénero, mujeres, migrantes, indígenas, personas que viven con VIH, dejando el listado abierto a otros grupos que se puedan encontrar en igual situación. Este estándar cultural muchas veces permea las instituciones que forman parte de la organización del Estado, provocando que estas, mediante su acciones y decisiones, promuevan y perpetúen la discriminación presente en el estándar cultural y contexto social.

Adela Cortina señaló en una charla sobre racismo y aporofobia: “El rechazo del pobre no tiene una palabra como racismo que logre abarcarlo. Cuando no existe una palabra asignada al fenómeno, pareciera que no existe, no se toma en cuenta. Cuando las cosas tienen nombre, estas se pueden identificar y se puede actuar frente a ellas”.

Es esta idea precisamente la que explica la importancia del tema de este trabajo: el estudio del concepto de violaciones estructurales.

Son situaciones que afectan a millones de personas, en todo momento, por medio de acciones que pasan desapercibidas, recubiertas por un estándar cultural que las posibilita, justifica e invisibiliza. Es por esto que la primera tarea es asignarles un concepto, para así hacerlas existir antes los ojos de todos y revertir la invisibilización. Esto es, identificar el fenómeno y luego enfrentarlo con los medios que correspondan.

La pregunta que guiará esta investigación tiene dos partes: ¿(1) Qué se entiende por violación estructural a los derechos humanos y (2) cómo se aplica el concepto en la jurisprudencia relacionada a situaciones de discriminación en Chile?

La hipótesis que se buscará comprobar es que existen casos de violaciones estructurales de los derechos humanos en Chile, pero la jurisprudencia no las ha reconocido bajo dicho concepto y no le ha dado aplicación.

Finalmente, dado que la pregunta de investigación tiene dos partes, existen dos objetivos generales:

1. Elaborar un concepto de violaciones estructurales a los derechos humanos utilizando jurisprudencia de la Corte IDH y la doctrina.
2. Analizar jurisprudencia sobre casos de discriminación en Chile a la luz del concepto elaborado, buscando comprobar si en la actualidad se reconoce una violación estructural de sus derechos.

En orden a lograr los objetivos generales, se estructuran tres objetivos específicos:

1. Analizar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se desarrolla la tesis sobre las violaciones estructurales.
2. Analizar la doctrina sobre la noción de violaciones estructurales y el derecho a la no discriminación consagrado en Chile.
3. Analizar jurisprudencia de casos relacionados a la discriminación de ciertos grupos vulnerables en Chile a la luz del concepto de violaciones estructurales de los derechos humanos, estableciendo si dicho concepto se aplica o reconoce.

El primer capítulo corresponde a un análisis de distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenado según una noción preliminar del concepto de violación estructural. El segundo capítulo corresponde a una revisión de doctrina nacional e internacional sobre el concepto estudiado y una breve presentación sobre la consagración que tiene en el ordenamiento nacional el derecho a la no discriminación. El tercer capítulo presenta un análisis de sentencias nacionales en casos de discriminación, a partir del concepto de violaciones estructurales ya estudiado y desarrollado en los capítulos anteriores.

## Capítulo I: Análisis de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El concepto que se estudiará es el de violación estructural de los derechos humanos. Este concepto ha sido desarrollado especialmente por la doctrina y no ha tenido un uso constante ni uniforme en la jurisprudencia de la Corte.

Es por lo anterior que, para estructurar el análisis, partiremos de una definición preliminar del concepto de violación estructural, expuesto por el profesor Claudio Nash:

“Para caracterizar las violaciones estructurales debe tenerse en consideración que en estos casos es la organización del Estado, la institucionalidad, la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos, es decir, existe un elemento subjetivo: la sociedad invisibiliza o justifica la violación.”<sup>1</sup>

Es un concepto que ha cobrado protagonismo desde la década anterior y, por tanto, “[El Sistema Interamericano de Derechos Humanos] en la actualidad, en numerosas situaciones, ha procurado abrir el foco para enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales determinados.”<sup>2</sup>

La profesora Ximena Gauché también hace alusión a este concepto, en términos análogos a los mencionados: “Esta forma de discriminación sustantiva es la que se produce cuando ciertas personas pertenecen a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación, tratándose de categorías de personas que sufren así una injusticia histórica o son víctimas de prejuicios persistentes. En este tipo de situaciones los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto. Esta clase de discriminación que se produce en los hechos está muy ligada a lo que se pueden considerar «discriminaciones sistemáticas», en el sentido de que la periodicidad con que se ven afectados algunos grupos está arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Nash, C. (2017). Protección Internacional de los Derechos Humanos. Apuntes de Clase. Santiago, Chile.

<sup>2</sup> Abramovich, V. (2010). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derecho PUCP.

<sup>3</sup> Gauché, X. (2014). Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 11-58.

En este capítulo, se analizarán 8 sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de casos de discriminación en los que es posible reconocer elementos propios de una situación de violación estructural de derechos humanos. El objetivo de este capítulo es analizar estos elementos, comparar el razonamiento de la Corte IDH en los distintos casos y luego comprobar si existe un uso del concepto de violación estructural.

La comparación se centrará en los hechos de cada uno de los casos, el contexto en el que estos ocurren y el razonamiento que la Corte hace en torno a la discriminación.

### 1.1. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile

#### A. Los hechos y el contexto:

“Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas.

En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.”<sup>4</sup>

Al resumen de los hechos presentado en la ficha técnica del caso es necesario agregar parte de los fundamentos de la decisión que terminó por quitar la tuición de sus hijas a la señora Karen Atala, esta es, la resolución de la Corte Suprema chilena sobre el recurso de queja presentado por el padre de las menores de edad.

En efecto La Corte suprema invocó las siguientes razones para fundar su decisión: i) el presunto deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional de las menores de edad, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y los efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas; ii) el riesgo

---

<sup>4</sup> Ficha Técnica: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).

para el desarrollo integral de las menores por una eventual confusión de roles sexuales; iii) la supuesta vulnerabilidad en su medio social por un presunto riesgo de estigmatización, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual es indicativo de la relevancia significativa que tuvo en la decisión de la Corte Suprema, la orientación sexual de la señora Atala.

Además, el Estado de Chile hace una defensa basada en el contexto, particularmente acerca de las categorías susceptibles de ser objeto de discriminación al momento de ocurridos los hechos.

Ante la alegación del Estado consistente en que al momento de emisión de la sentencia no habría existido un consenso sobre la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte señala que no puede ser un argumento válido para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural de los grupos afectados.

Respecto a este punto, la sentencia incorpora un pie de página donde se hace una explicación sobre de la mentada discriminación estructural, mencionando como principales elementos, el grupo humano discriminado por una cualidad esencial, la reiteración en el tiempo de actos discriminatorios en las ramas ejecutiva, legislativa y en el acceso a la justicia, fundada principalmente en estereotipos y estigmatización del grupo discriminado.

Es especialmente esclarecedora la siguiente cita incorporada en el pie de página: “Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí”<sup>5</sup>

#### B. Razonamiento de la Corte

Para esta investigación son particularmente importantes las siguientes consideraciones:

“79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la

---

<sup>5</sup> Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).

inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.”<sup>6</sup>

Este considerando presenta el elemento de “grupo humano” que es víctima de discriminación, el cual forma parte importante del concepto de violación estructural al ser el punto de partida que lo vincula con la discriminación. Entonces, se destacan principalmente dos elementos: primero, que la víctima es una colectividad y, segundo, que la colectividad o grupo es víctima de discriminación en el goce de sus derechos.

“111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.”<sup>7</sup>

El elemento que este considerando presenta es el de presunciones infundadas, prejuicios y estereotipos en los que se pretende justificar o normalizar el trato discriminatorio en contra de cierto grupo humano. Corresponde a un estándar cultural, arraigado en la sociedad, sobre el cual las instituciones jurídicas y políticas funcionan, perpetuando el trato discriminatorio.

“119. 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.”<sup>8</sup>

Siguiendo este considerando, es la organización del Estado, su institucionalidad, la que permite y facilita las violaciones de derechos y libertades de los grupos discriminados. Este es un elemento

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ob. Cit.

central en el concepto de violación estructural, que corresponde al vínculo estrecho entre el acto institucional y el estándar cultural que sirve de base para este funcionamiento viciado.

Dentro de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, se encuentra la obligación del Estado de establecer cursos de educación y capacitación para funcionarios. Esta medida es consecuente con la naturaleza de la violación, especialmente con el estándar cultural que la compone, dado que la Corte considera que la educación es la forma en que se pueden y deben revertir los prejuicios, estereotipos y estigmatizaciones que están detrás de la discriminación. Así, se busca evitar que estos elementos vuelvan a ser el fundamento de las actuaciones institucionales.

## 1.2. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana

### A.- Los hechos y el contexto

“Los hechos del presente caso se insertaron en un contexto en que, en República Dominicana, la población haitiana y las personas nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana comúnmente se encontraban en situación de pobreza y sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. Dicha situación se vincula con la dificultad de quienes integran la referida población para obtener documentos personales de identificación.”<sup>9</sup>

Es en este contexto que las autoridades dominicanas realizaron numerosos operativos de detención de familias de origen o ascendencia haitianas, para luego expulsarlas a territorio haitiano. En muchos de estos casos, los documentos personales de las y los integrantes de estas familias, tales como registros de nacimiento y cédulas de identidad, fueron declarados nulos.

En efecto, la Corte hace un diagnóstico decisivo de la situación extendida por años en República Dominicana: “La Corte verificó que, al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un período cercano a una década a partir de 1990, en República Dominicana existía un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria.”<sup>10</sup>

Siguiendo los elementos identificados en el caso anterior, en este caso podemos encontrar un actuar de la organización estatal que facilita la vulneración de derechos y libertades del grupo humano

---

<sup>9</sup> Ficha Técnica: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2014).

<sup>10</sup> Ibid.

discriminado, el cual en este caso corresponde a las personas haitianas y personas dominicanas con ascendencia haitiana que viven en República Dominicana.

Los actos vulneratorios de parte de las instituciones estatales van desde la denegación de trámites para obtener documentos de identificación y la declaración de nulidad de dichos documentos, hasta la detención y expulsión del país de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana.

La situación de pobreza, el hecho de sufrir con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, agravando así su situación de vulnerabilidad, se pueden identificar sin dificultad con el estándar cultural que justifica el funcionamiento viciado y discriminatorio de la estructura e instituciones estatales.

#### B.- Razonamiento de la Corte

“La Corte ha señalado que (...) 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.”<sup>11</sup>

En este considerando la discriminación se describe como un efecto del funcionamiento de la institucionalidad estatal. La Corte la llama “discriminación indirecta”, dado que corresponde al impacto de medidas que aparentan una neutralidad en su formulación, pero que en realidad perjudican a un grupo vulnerable particular. Con este matiz, de todas formas, podemos ver uno de los elementos fundamentales de las violaciones estructurales, que es el que la causa de la discriminación se encuentra en la institucionalidad estatal, en su organización, en sus leyes, políticas y acciones.

La aparente neutralidad también demuestra que existe un factor exterior a la propia institución, que provoca el efecto discriminatorio. Este puede ser el estándar cultural antes mencionado, el cual precisamente podemos encontrar en la *aparente* neutralidad, precisamente porque en esa apariencia está la invisibilización del grupo vulnerable perjudicado por la institución.

En cuanto al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte en este caso señaló:

270. (...) La Corte ha mantenido que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, y b) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza

---

<sup>11</sup> Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2014)

que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio.”<sup>12</sup>

La Corte señala un deber de normas y de prácticas, enfatizando que estas pueden tener distinta naturaleza. Y el deber consiste tanto en suprimir las normas y prácticas que entrañen una violación, como en desarrollar prácticas y expedir normas que conduzcan a una efectiva observancia de los derechos. Así, con estas dos dimensiones, se alude a los elementos antes mencionados: la parte institucional de la violación estructural y la parte del estándar cultural, de las prácticas que de alguna forma justifican o normalizan la discriminación.

Dentro de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, podemos encontrar distintos tipos:

a) En primer lugar, aquellas acciones institucionales que buscan restablecer en lo inmediato el ejercicio igualitario de los derechos de las personas haitianas y dominicanas con ascendencia haitiana. Entre ellas se encuentran el tomar las medidas necesarias para que puedan obtener los documentos de identidad y nacionalidad dominicana que les fueron negados sistemáticamente, el dejar sin efecto las investigaciones y procesos judiciales en su contra, tomar las medidas necesarias para que las personas afectadas puedan residir o permanecer de forma regular en República Dominicana. Por último, el Estado debe evitar que las sentencias injustas, dictadas en este contexto de discriminación, sigan produciendo sus efectos.

b) En segundo lugar, encontramos medidas tendientes a evitar que la discriminación vuelva a ocurrir. Entre ellas la obligación de implementar programas de capacitación continuos y permanentes con el fin de asegurar que a) los perfiles raciales no constituyan, de ningún modo, el motivo para realizar una detención o expulsión; b) la observancia estricta de las garantías del debido proceso durante cualquier procedimiento relacionado con la expulsión o deportación de extranjeros; c) no se realicen, bajo ningún supuesto, expulsiones de personas de nacionalidad dominicana, y d) no se realicen expulsiones de carácter colectivo de extranjeros. El ítem de los programas de capacitación que se ocupa de “los perfiles raciales” como motivación para detenciones o expulsiones, es claramente una medida que busca eliminar el estándar cultural detrás de los actos discriminatorios institucionales, como lo son las expulsiones colectivas. Además, la sentencia ordena al Estado dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que niega la nacionalidad dominicana a personas nacidas en República Dominicana

---

<sup>12</sup> Ob. Cit.

con padres en situación irregular dentro de este país. Por último, se obliga al Estado a establecer un proceso de inscripción de nacimiento accesible y sencillo.

### 1.3. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México

#### A.- Los hechos y el contexto:

“Los hechos del presente caso sucedieron en ciudad Juárez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo, desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer.

Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial.”<sup>13</sup>

El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Gonzáles, Esmeralda Herrera y Laura Ramos, quienes presentaban signos de violencia sexual. Además, se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte.

Las familias de las mujeres, quienes ya habían presentado las denuncias de desaparición, presentaron también los recursos para investigar y así sancionar a los responsables. A pesar de ello, la investigación y sanción no llegó.

En el contexto de este trabajo, lo más importante de este caso es el contexto que reconoce la Corte como una “cultura de discriminación contra la mujer”. Precisamente el caso no es solamente uno de víctimas de crimen organizado, tampoco es solamente uno en que se responsabiliza al Estado por un actuar negligente de sus policías y demás órganos encargados de investigar crímenes. Lo que es particular de este caso es el estándar cultural que implica, por un lado, que las mujeres son un grupo especialmente vulnerable ante la delincuencia, el cual las tiene como una víctima común y frecuente; por otro lado, este estándar cultural de discriminación de la mujer marca el funcionamiento de las policías y demás autoridades implicadas, provocando un actuar negligente, ineficiente y limitado, que no investigó ni sancionó a los responsables de los crímenes.

---

<sup>13</sup> Ficha técnica: Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. Mexico. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, C. 205 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).

Entonces, presenta una violación de derechos institucional, sistemática, que se da por la organización estatal acompañada de un estándar cultural que justifica e invisibiliza la situación de vulnerabilidad de las mujeres.

B.- Razonamiento de la Corte:

“231. Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Corresponde ahora analizar si la violencia perpetrada contra las víctimas, que terminó con sus vidas, es atribuible al Estado.”<sup>14</sup>

En este considerando, la Corte sitúa el análisis del actuar estatal en el contexto de discriminación y violencia contra la mujer. Si buscamos aplicar los elementos propios de las violaciones estructurales, es posible apreciar que la Corte aquí parte por establecer que existe un estándar cultural que envuelve la violencia contra la mujer, el cual se reconoce como parte del contexto en el que suceden los hechos, para luego evaluar si existió una conducta del Estado en la misma línea de este contexto violento que permita atribuirle responsabilidad en el caso.

“377. El Tribunal resalta que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer que ha sido probado en el presente caso. Si se permite que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven.”<sup>15</sup>

Este considerando presenta un nuevo concepto: la “cultura institucional”, la cual tendría que estar llamada a enfrentar el contexto de discriminación y violencia contra las mujeres. En efecto, el objetivo debe ser impedir que ese contexto llegue a las instituciones, dado que, si permanecen en sus cargos o llegan a ellos personas que tengan esta cultura institucional viciada y, por tanto, cometen acto discriminatorios e irregularidades en el ejercicio de sus funciones institucionales, se generará impunidad frente a la violencia dada por el contexto, provocando que esta persista o se agrave.

---

<sup>14</sup> Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. Mexico. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, C. 205 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).

<sup>15</sup> Ibid.

No es forzado relacionar el contexto con la idea de estándar cultural mencionada al principio de este capítulo, a propósito de las definiciones doctrinarias de la violación estructural. En dichas definiciones es el estándar cultural el que termina por justificar los efectos discriminatorios de las instituciones y, por tanto, permite que ocurran las violaciones estructurales. El objetivo de la Corte de evitar que el contexto logre llegar a la realidad institucional va en línea con la descripción de las violaciones estructurales, dado que precisamente busca impedir que las justificaciones a la discriminación de la mujer presente en el contexto o estándar cultural, terminen por provocar una realidad institucional discriminadora y violenta para el grupo vulnerable.

“258. [En relación al deber de prevención], se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.”<sup>16</sup>

En este considerando el énfasis está puesto sobre dos puntos: por un lado, en las respuestas preventivas de diversa naturaleza que debe darse a la violencia contra la mujer, esto es, tanto desde la institucionalidad, desarrollando un marco jurídico de adecuada protección, como desde la prevención de los factores de riesgo, mediante una respuesta efectiva a los casos que se presentan, ambas dimensiones incluidas en lo que la Corte llama “una estrategia de prevención integral”; por otro lado, pone el énfasis en la calidad de grupo vulnerable de las mujeres y en cómo son específicamente ellas las víctimas del contexto de violencia. En este caso, ciudad Juárez fue un punto especialmente alto de violencia para la mujer, pero su situación de mayor vulnerabilidad es algo que motivó la confección de una convención específica para hacerle frente: la Convención Belém do Pará, que obliga a los Estados a hacerse cargo de la situación de las mujeres en particular y de tomar

---

<sup>16</sup> Ob. Cit.

medidas para detener las situaciones de discriminación y violencia que sistemáticamente sufren las mujeres en distintos países del mundo.

“400. (...) 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 éstas en el sistema de administración de justicia. (...)”<sup>17</sup>

Se enfatiza la relación circular entre el estándar cultural o contexto social y la institucionalidad: si el contexto que justifica o normaliza la discriminación llega a la institucionalidad, esta funcionará provocando impunidad ante las situaciones de violencia que el contexto justifica; a su vez, la impunidad o el actuar viciado de la institucionalidad alimenta la sensación de que cometer dichos actos discriminatorios o violentos es algo aceptable, por lo que la institucionalidad termina por fortalecer el contexto. Las violaciones estructurales implican un actuar institucional justificado en un estándar cultural que valida la discriminación del grupo vulnerable y la permanencia de las violaciones estructurales en el tiempo fortalece a su vez a ese estándar.

En palabras de La Corte y sintetizando de forma precisa el razonamiento anterior:

“401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (.), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”<sup>18</sup>

En cuanto a las medidas de reparación, la sentencia dispone como medida inmediata que el Estado debe conducir eficazmente el proceso penal en curso para procesar y en su caso sancionar a los responsables materiales e intelectuales de los crímenes en contra de las mujeres. Dentro de esta medida, se obliga al Estado a incorporar una perspectiva de género en dicha investigación, lo cual implica emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, involucrar patrones de la zona, mantener un canal de información fluido respecto de la familia de las víctimas,

---

<sup>17</sup> Ob. Cit.

<sup>18</sup> Ibid.

y que la investigación sea realizada por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. Además, ordena al Estado investigar y, luego de un debido proceso, sancionar a los funcionarios acusados de irregularidades y a quienes resulten responsables de los hostigamientos sufridos por los y las familiares de las víctimas.

La Corte también ordena medidas para evitar que estas vulneraciones se repitan en el futuro, entre ellas ordena que se realice un acto de reconocimiento público de la responsabilidad internacional del Estado y el levantamiento de un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez. Por la naturaleza de estas medidas, es posible deducir que buscan generar un impacto que masifique entre la población un mensaje contrario al estándar cultural que hasta ahora normalizaba o justificaba la discriminación por razones de género. En esta misma dirección, la Corte señala que el Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos. Además, deberá realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación de discriminación a las mujeres.

Por último, ordena estandarizar los protocolos de investigación en los casos de delitos contra mujeres, mencionando como parámetro el Protocolo de Estambul, mantener una base de datos actualizada de todas las mujeres y niñas desaparecidas, junto con la información proporcionada por sus familiares y una página electrónica abierta y constantemente actualizada con información sobre niñas y mujeres desaparecidas.

#### 1.4. Caso Duque vs. Colombia

##### A.- Los hechos:

“El 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Angel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna colombiana disponía que únicamente el cónyuge o el

compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivencia.”<sup>19</sup>

En este caso, la discriminación no está dada en los mismos términos que en los casos anteriores, dado que es la ley la que por sí misma implica la discriminación de las parejas del mismo sexo. Además, estamos hablando de una ley antigua que en su momento tuvo efectos discriminadores, pero que posteriormente fue modificada.

Con todo, el caso igualmente presenta consideraciones de la Corte que se relacionan con las violaciones estructurales de los derechos humanos.

#### B.- Razonamiento de la Corte:

“123. Del mismo modo, este Tribunal ha indicado que “la 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. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”<sup>20</sup>

En este considerando la Corte utiliza expresamente el término “discriminación estructural”. Es una sentencia reciente, que parece mostrar una mayor cercanía con el concepto.

La utilización del concepto no corresponde a un uso meramente enunciativo y aislado. El resto del considerando demuestra que la prohibición a los Estados de restringir derechos humanos y la no aceptación de la abstención a decidir fundada en no existir un consenso en algunos sectores o países, es precisamente el reflejo de imponerse a un contexto social que en cierta parte validaría la discriminación. Este considerando precisamente reafirma que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos deben cumplirse por los Estados, sobreponiéndose a contextos en que aun puedan estar presentes expresiones de discriminación, prejuicios y estereotipos.

En las medidas de reparación además de la indemnización y publicación de la sentencia, se destaca la obligación del Estado de garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su solicitud a una

---

<sup>19</sup> Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana: Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016).

<sup>20</sup> Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016).

pensión de sobrevivencia. No existen en este caso medidas de alcance general que busquen revertir un estándar cultural discriminatorio, tampoco cursos de capacitación de funcionarios y educación de la población en general.

#### 1.5. Caso Flor Freire vs. Ecuador

##### A.- Los Hechos:

En agosto de 2016, La Corte IDH declaró responsable al Estado del Ecuador por violación del derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la honra y dignidad, y la garantía de imparcialidad, todos reconocidos en la Convención Americana.

“Dichas violaciones se dieron en el marco de un proceso disciplinario militar en contra del señor Homero Flor Freire, que resultó en su separación de la Fuerza Terrestre ecuatoriana por supuestamente haber cometido actos sexuales homosexuales dentro de las instalaciones militares. La Corte concluyó que la separación del señor Flor Freire de las Fuerzas Armadas, por estos motivos, constituyó un acto discriminatorio en la medida en que se basó en la aplicación al señor Flor Freire de normas internas que sancionaban de forma más gravosa los “actos de homosexualismo”, en comparación con los actos sexuales no homosexuales.”<sup>21</sup>

El caso presenta una normativa que incluye también, en sí misma, la discriminación de un grupo vulnerable, que termina por consagrar el estándar cultural bajo el cual se justifica el tratar como un grupo inferior a las personas homosexuales.

##### B.- Razonamiento de la Corte:

La Corte reproduce, en el párrafo número 124 de la sentencia, el considerando también mencionado en el caso Duque vs. Colombia, en el cual se señala que la falta de consenso respecto del respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales no puede ser argumento válido para negar o restringir sus derechos, ni para que el Tribunal se abstenga de decidir. Lo reproduce incluyendo el uso expreso del concepto de discriminación estructural.

Además, se presenta un considerando análogo a los argumentos centrales de las sentencias de los casos Atala Riffo y niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, que es en el que se señala cuándo una diferencia de trato es discriminatoria. Si bien no se desarrollará en profundidad la definición de discriminación, el considerando que a continuación se reproduce la vincula con el estereotipo, de igual forma como se ha hecho en otros casos. El estereotipo es un componente que se ha

---

<sup>21</sup> Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana: Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2016).

identificado (en este sentido Nash, también Gauché, en la introducción de este capítulo) con el estándar cultural que conforma las violaciones estructurales validando un funcionamiento viciado de las instituciones que trata de forma inferior y vulnera los derechos de cierto grupo de la población. El referido considerando es el siguiente:

“125. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal ha establecido que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. En efecto, es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados ‘actos sexuales ilegítimos’ se encuentra justificado, sin fundamentar su decisión en estereotipos.”<sup>22</sup>

Dentro de las medidas de reparación se destacan, por un lado, aquellas que buscan el restablecimiento del derecho: otorgar al señor Flor Freire el grado que corresponda a sus compañeros de promoción al momento del cumplimiento de esta medida y colocarlo en la situación de un militar en situación de retiro o servicio pasivo, reconocer al señor Flor Freire y pagar las cargas prestacionales correspondientes a la seguridad social. Además se ordena al Estado adoptar todas las medidas de derecho interno que sean necesarias para asegurar que ningún acto administrativo o decisión adoptada en el proceso disciplinario, declarado violatorio de los derechos reconocidos en la Convención Americana, produzca efecto legal alguno en los derechos sociales y/o prestacionales que corresponderían al señor Flor Freire de haberse retirado voluntariamente de las Fuerzas Armadas ecuatorianas, y eliminar la referencia a dicho proceso de su hoja de vida militar. Por otro lado, se establece una medida destinada a evitar la repetición de la vulneración de derechos que se trata, haciéndose cargo de la discriminación normalizada en el funcionamiento de la institución de las Fuerzas Armadas. En este sentido, se ordena al Estado poner en práctica programas de capacitación de carácter continuo y permanente a los miembros de las Fuerzas Armadas sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual.

---

<sup>22</sup> Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2016).

## 1.6. Casos González Lluy y otros vs. Ecuador

### A.- Los hechos:

“El 1 de septiembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad.”<sup>23</sup>

El caso si bien presenta la responsabilidad del Estado al ser negligente en sus deberes de fiscalización de los centros de salud y la protección de este derecho, debido a que el contagio se dio por una transfusión de sangre. Para los fines de este trabajo, el análisis se centrará en los puntos sobre la discriminación que sufrió Talía Gonzales por ser una persona que vive con VIH, la cual particularmente afectó su derecho a la educación, dentro de otros derechos afectados.

Al respecto se señala que, en noviembre de 1999, cuando Talía tenía 5 años, el director de la escuela pública en la que ella estaba inscrita decidió, al ser informado por una profesora de que Talía vivía con VIH, que ella no debía asistir a clases “hasta ver qué decían las autoridades de educación o buscar una solución al problema”. Teresa Lluy presentó una acción de amparo constitucional en contra del Ministerio de Educación y Culturas, el director de la escuela y la profesora involucrada, en razón de una presunta privación del derecho a la educación de Talía. “El 11 de febrero de 2000, el Tribunal Distrital de lo Contencioso N° 3 declaró inadmisibile el recurso de amparo constitucional, considerando que ‘exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación’. Además de las dificultades en el trabajo, Teresa Lluy describió en varias oportunidades que su hija y su familia ‘ha[bían] sido víctimas de la más cruel discriminación, pues se les ha[bía] impedido [tener] vivienda propia’. De acuerdo con las declaraciones de Talía y su familia, fueron obligados a mudarse en múltiples ocasiones debido a la exclusión y el rechazo del que fueron objeto por la condición de Talía.”<sup>24</sup>

### B.- Razonamiento de la Corte:

“227. La discriminación que sufrió Talía fue resultado del estigma generado por su condición de persona viviendo con VIH y le trajo consecuencias a ella, a su madre y a su hermano. La Corte nota

---

<sup>23</sup> Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana: Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2015).

<sup>24</sup> Ibid.

que en el presente caso existieron múltiples diferencias de trato hacia Talía y su familia que se derivaron de la condición de Talía de persona con VIH; esas diferencias de trato configuraron una discriminación que los colocó en una posición de vulnerabilidad que se vio agravada con el paso del tiempo. La discriminación sufrida por la familia se concretó en diversos aspectos como la vivienda, el trabajo y la educación.”<sup>25</sup>

En este considerando, se presenta concretamente el estigma que sufren las personas que viven con VIH y sus familias, operando solamente en el ámbito social, sin involucrar aún una conducta imputable al Estado que perjudique directamente a Talía y la prive de sus derechos. De todas formas, aun no siendo directa, la Corte establece que el Estado si es responsable mediante el siguiente considerando:

“228. En el presente caso, a pesar de la situación de particular vulnerabilidad en que se encontraban Talía, Teresa e Iván Lluy, el Estado no tomó las medidas necesarias para garantizarle a ella y a su familia el acceso a sus derechos sin discriminación, por lo que las acciones y omisiones del Estado constituyeron un trato discriminatorio en contra de Talía, de su madre y de su hermano.”<sup>26</sup>

Entonces, la omisión del Estado en el cumplimiento de su deber de garantizar los derechos de Talía y su familia, quienes habían pasado a ser un grupo vulnerable debido al estigma social asociado a ser una persona que vive con VIH, termina por establecer la responsabilidad del Estado como vulnerador de los derechos de las personas víctimas del mencionado estigma.

Un capítulo diferente es el de la vulneración al derecho a la educación, respecto del cual la Corte señala:

“258. Es por lo anterior que, si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad, aun si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública.”<sup>27</sup>

Este considerando es a propósito de la resolución del Tribunal en Ecuador que negó la acción de amparo intentada por la familia de Talía, supuestamente resguardando el derecho a la vida o salud

---

<sup>25</sup> Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2015).

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ob. Cit.

pública que entraba en colisión. Así, al igual que en los casos anteriormente vistos, particularmente el de *Atala Riffo vs. Chile*, se vincula el estándar cultural (el estigma) con la fundamentación de la decisión judicial, prohibiendo que esta última se base en componentes del primero (como estereotipos o estigmatizaciones).

“266. En el caso que ocupa la atención de la Corte, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas. En el presente caso la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH.”<sup>28</sup>

Este considerando expresa precisamente cómo resulta inadmisibles que la decisión del tribunal interno se funde en estereotipos y pre-concepciones sin realizar un examen profundo de las verdaderas consecuencias que tiene el compartir la sala de clases con una persona que vive con VIH.

Utilizando el vocabulario propio de las violaciones estructurales, lo que la Corte reconoce en este considerando es que el estándar cultural que justifica la discriminación está detrás de la decisión del tribunal interno. Esta decisión afectada por los prejuicios socialmente difundidos se puede reconocer específicamente en la determinación que hace el tribunal de Ecuador de la supuesta colisión de derechos que presenta el caso de Talía:

“269. El tribunal interno fundamentó la decisión en un supuesto conflicto entre bienes jurídicos, a saber, el derecho a la vida de los estudiantes y el derecho a la educación de Talía, tomando como referencia las supuestas hemorragias que tenía Talía. Empero, la determinación del riesgo y por ende la identificación del bien jurídico de vida e integridad de los estudiantes como aquel que debía primar, fue una identificación errónea a partir de presunciones sobre los alcances que podría tener la enfermedad hematológica padecida por Talía, sus síntomas, y su potencial para contagiar a los demás niños y niñas con el virus del VIH.”<sup>29</sup>

Aparte, la Corte señala que hubo una omisión de parte de las autoridades en combatir el estándar cultural que justifica la discriminación, el cual se estructura sobre prejuicios y pre-concepciones

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ob. Cit.

erróneas, recordando que es un deber de los Estados tomar las medidas necesarias para combatir la discriminación en esta dimensión. Estas medidas son especialmente informativas, educativas y de capacitación. En palabras de la Corte:

“263. La Corte observa que las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía. En lo relativo al derecho a disponer de información oportuna y libre prejuicios, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó la necesidad que los Estados tomen las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA.”<sup>30</sup>

En cuanto a las reparaciones nuevamente podemos distinguir algunas medidas tendientes a restablecer el ejercicio de los derechos de la persona víctima de discriminación. Entre ellas encontramos la obligación de parte del Estado de otorgar el tratamiento médico y psicológico necesario para Talía González Lluy, además de pagar el costo de dicho tratamiento, si este implica una atención en centros de salud privados. Asimismo, la sentencia ordena que se otorgue una beca en favor de Talía González para que pueda terminar sus estudios universitarios y de posgrado, además de entregarle una vivienda digna.

Por otro lado, es posible distinguir las medidas que tienden a que no se perpetúen actos discriminatorios como los ocurridos en el caso. Entre ellas se encuentra la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y el establecimiento de un programa para la capacitación de funcionarios en salud sobre mejores prácticas y derechos de los pacientes con VIH, así como sobre la aplicación de los procedimientos establecidos en la Guía de Atención Integral para Adultos y Adolescentes con infección por VIH/SIDA y la adopción de medidas positivas para evitar o revertir las situaciones de discriminación que sufren las personas con VIH, y en especial las niñas y los niños con VIH.

#### 1.7. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala

##### A.- Los Hechos:

“El Tribunal constató que el 17 de diciembre de 2001, a las 16:00 horas, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la desaparición de su hija, quien había salido de su casa hacia su trabajo a las 8:00 horas del día anterior y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento 15 años de edad, y vivía con su madre, sus dos hermanos y sus abuelos. No se ha

---

<sup>30</sup> Ibid.

acreditado que luego de la denuncia dependencias o funcionarios estatales realizaran acciones de búsqueda de la niña.”<sup>31</sup>

En diciembre de 2001 se encontró e identificó el cuerpo de María Isabel, estableciendo como causa de muerte un trauma de cráneo producido por arma blanca. Las autoridades además omitieron recabar antecedentes para determinar violencia sexual o estas pericias fueron realizadas tardíamente. En este orden de ideas, el Estado reconoció que al momento de los hechos no existía una adecuación específica de la normativa y procedimientos para abordar casos de violencia contra la mujer, lo cual se demostraba en que en algunos informes de investigación se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, su vida social y nocturna, la falta de vigilancia de su familia y sus creencias religiosas.

Además, es necesario resaltar que “los hechos del caso sucedieron en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala en el que la existencia de homicidios por razones de género no era excepcional. El tribunal notó también que el Estado, antes y después de ese momento, ha adoptado diversas medidas tendientes a afrontar la discriminación y violencia contra las mujeres. Sin perjuicio de ello, para diciembre de 2001, así como en los años siguientes, Guatemala presentaba un alto índice de impunidad general, en cuyo marco la mayoría de los actos violentos que conllevaban la muerte de mujeres quedaban impunes. No surge de la prueba remitida a la Corte que tal situación haya sido modificada en forma sustantiva hasta el presente.”<sup>32</sup>

Este es un caso similar al de “Campo Algodonero” por dos razones fundamentales: ocurre en un contexto de aumento de violencia homicida en contra de mujeres e implica un actuar deficiente de parte de la policía y las autoridades correspondientes al momento de conocer e investigar sobre el caso particular de violencia contra la mujer que se les presenta.

Otros elementos de atención dentro de los hechos son el tipo de referencias que se hacían en la investigación (vestimenta, vida social, cuidado de la familia), el cual demuestra un estándar cultural que afecta el funcionamiento de los órganos encargados de la investigación, y el desarrollo de medidas de parte del Estado para disminuir la violencia contra la mujer paradójicamente acompañadas de una persistencia de la impunidad en casos de violencia en contra de mujeres.

#### B.- Razonamiento de la Corte:

---

<sup>31</sup> Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana: Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2014).

<sup>32</sup> Ibid.

“149. Coadyuva a la conclusión expresada, dado el contexto en que se insertaban los hechos del caso, que María Isabel fuera una mujer. En este sentido, como fue señalado (supra párr. 81), en diciembre de 2001, en el marco del aumento de la cantidad de homicidios, no era excepcional el acaecimiento de homicidios de mujeres por razones de género. Debe destacarse al respecto, que la Comisión Interamericana, en abril de 2001, emitió un informe en que señaló su preocupación por la violencia basada en género en Guatemala. En esa oportunidad, la Comisión efectuó también recomendaciones a Guatemala a fin de lograr, respecto de las ‘víctimas’ de la ‘violencia de género’, ‘[el incremento de] la sensibilidad y eficacia de [la] respuesta’ de ‘los funcionarios’ que ‘se encargan de recibir las denuncias’, “particularmente [de] la Policía Nacional Civil y del Ministerio Público”<sup>33</sup> Este considerando demuestra una perspectiva que busca una respuesta estructural de parte del Estado al patrón social de aumento de violencia contra la mujer. Es decir, es necesario evitar que las instituciones estatales funcionen bajo el estándar cultural que justifica o normaliza la violencia contra la mujer. Es más, resulta imperativo que estas instituciones colaboren en la oposición y eventual extinción de este patrón y el estándar cultural que está detrás, por medio de un cambio adecuado en la competencia y cultura institucional, utilizando los términos de la sentencia del caso “Campo Algodonero”.

“186. La Corte también ha señalado que el deber de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.”<sup>34</sup>

El elemento que destaca en este considerando es que ante contextos sociales que tengan un grupo vulnerable determinado, los deberes del Estado ante situaciones de violencia en contra de dichos grupos se amplían e intensifican. Una respuesta neutral del Estado no basta para hacer frente a dicho contexto. Esta idea se refuerza también en el considerando siguiente:

“206. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a

---

<sup>33</sup> Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2014).

<sup>34</sup> Ibid.

actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”<sup>35</sup>

En el considerando siguiente la Corte explica el vínculo que existe entre la violencia contra la mujer y la discriminación, la cual llega a relacionarse con el concepto que se ha manejado, a lo largo de este capítulo, de la violación estructural de los derechos:

“207. En el mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011) afirma que ‘la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación’, así como que ‘la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género’”.<sup>36</sup>

En esta sentencia se profundizan razonamientos similares o incluso idénticos a los presentados en la sentencia de “Campo Algodonero”, lo cual se explica por la similitud entre los hechos de uno y otro caso. El siguiente es una clara demostración de esto, que lleva un paso más adelante el desarrollo que la sentencia de “Campo Algodonero” había hecho de los efectos de la impunidad generada por un actuar viciado de las instituciones, al señalar que un actuar del Estado que permita la mantención de un contexto de violencia en contra de la mujer constituye una discriminación en sí mismo:

“208. La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Ob. Cit.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ob. cit

En cuanto a las medidas de reparación inmediata, orientadas al restablecimiento del derecho, destacan la obligación de investigar eficazmente e iniciar el proceso penal correspondiente para la sanción de los responsables de los vejámenes y privación de la vida de María Veliz Franco, además de brindar atención médica o psicológica gratuita a Rosa Franco, si ella lo deseara. A esto se suma la obligación de un acto de disculpas públicas de parte del Estado hacia los familiares de la víctima. Este último acto cumple un rol inmediato como acto de solicitar las disculpas, pero también tiene un efecto simbólico a futuro, dado que, al reconocer responsabilidad en una situación, dicha situación claramente no está siendo considerada como normal.

Dentro de las medidas tendientes a evitar la repetición de este tipo de vulneraciones, la Corte ordena al Estado implementar programas y cursos para funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional Civil que estén vinculados a la investigación de actos de homicidio de mujeres sobre estándares en materia de prevención, eventual sanción y erradicación de homicidios de mujeres y capacitarlos sobre la debida aplicación de la normativa pertinente en la materia. Además, deberá fortalecer al Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, implementar el funcionamiento de órganos jurisdiccionales especializados y una fiscalía especializada en casos de violencia contra mujeres y niñas.

#### 1.8. Síntesis del capítulo:

Es posible reconocer en las violaciones estructurales a los derechos humanos tres elementos principales:

- a) La actuación de alguna institución que forma parte del sistema organizacional del Estado, de alguno de sus tres poderes, que vulnere uno o más derechos de un grupo de personas.
- b) Un estándar cultural que valida, justifica o normaliza, el actuar estatal vulnerador de derechos, constituido principalmente por un contexto de discriminación basada en estigmatizaciones, estereotipos y prejuicios.
- c) El sujeto pasivo en las violaciones estructurales es colectivo, y corresponde a un grupo humano vulnerable en situaciones de discriminación.

Con estos elementos, es posible señalar que la violación estructural es aquella que se da mediante un actuar institucional, respecto de un grupo humano discriminado y en un contexto que supone un estándar cultural que valida o justifica el actuar institucional que vulnera derechos.

A esto podemos agregarle que en las violaciones estructurales se da una relación circular entre el estándar cultural y el actuar institucional, dado que el actuar institucional violador de derechos es

validado o justificado por el estándar cultural propio del contexto y, a la vez, el estándar cultural se fortalece con los actos institucionales que reflejan dicho estándar. Estos actos, por ejemplo, pueden tener el efecto de generar una sensación de impunidad respecto de ciertas conductas de violencia o discriminación.

Estos elementos también se reconocen en la naturaleza de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, las cuales buscan tanto restablecer el derecho vulnerado por la discriminación, como garantizar la no repetición de los hechos discriminatorios. Este último objetivo es perseguido a través de actos simbólicos masivos que pretenden debilitar el estándar cultural que normaliza y justifica la discriminación; capacitaciones de funcionarios, las cuales buscan eliminar la presencia del estándar cultural en el funcionamiento de las instituciones estatales; y mediante la modernización y reestructuración de las instituciones involucradas.

## Capítulo II: Estudio de Doctrina sobre violaciones estructurales de derechos humanos

En este capítulo se expondrán ciertos elementos que la doctrina ha aportado en la tarea de esclarecer el concepto de violaciones estructurales de derechos humanos.

El estudio de la doctrina se estructurará según los elementos ya reconocidos en el capítulo anterior como parte del concepto de violación estructural que la Corte considera en sus razonamientos frente a estos casos, buscando encontrar en la doctrina nuevas conclusiones y sistematizaciones en torno al concepto en estudio.

### 2.1. Evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: nuevos conceptos

Víctor Abrahamovic, realiza un estudio acerca de los objetivos y enfoques que ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) a finales del siglo XX y lo que va de siglo XXI. Caracteriza el periodo como uno de transiciones y restauraciones de sistemas democráticos en América Latina, luego de un periodo de numerosas dictaduras militares que presentaron graves y masivas violaciones a los derechos humanos.

En este periodo de restauración, el trabajo del SIDH se enfocó en primera instancia en asegurar los derechos civiles y políticos que se vieron totalmente vulnerados en los regímenes dictatoriales, velando por el cumplimiento de las obligaciones de reparación con las víctimas y sus familiares, y el cumplimiento con las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos.

Ya avanzando en el siglo XXI, se consolidaron mayoritariamente los sistemas democráticos y se hicieron avances importantes en reparación y justicia. En los finales de la primera y gran parte de la segunda década del nuevo siglo, los enfoques del SIDH cambiaron:

“Por lo demás, un aspecto prioritario de la agenda del SIDH en esta etapa lo ocupan nuevas demandas de igualdad de grupos y colectivos que se proyectan sobre muchos de los asuntos institucionales que antes mencionamos, pues abarcan situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión, y que sufren patrones de violencia institucional o social u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político o a la protección social o judicial.”<sup>38</sup>

La presentación de este nuevo aspecto prioritario es lo que da paso al desarrollo sobre la violencia estructural en el trabajo de Abrahamovic:

---

<sup>38</sup> Abramovich, Víctor. (2010). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derecho PUCP. p 99

“para ilustrar el cambio de enfoque mencionado, [consideramos importante] seguir algunas intervenciones del SIDH en asuntos referidos a problemas de igualdad relacionados con diversas formas de violencia, o con asuntos relativos a la participación política y el acceso a la justicia. Estos precedentes marcan una línea jurisprudencial que tiende a una lectura en clave social de numerosos derechos civiles de la Convención Americana, y afirma la existencia de deberes de acción positiva y no solo de obligaciones negativas de los Estados. Esos deberes positivos suelen ser impuestos con mayor intensidad como resultado del reconocimiento de que ciertos sectores sociales viven en condiciones estructurales de desventaja en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.”<sup>39</sup>

Entonces, este nuevo enfoque modifica la forma en que tradicionalmente los Estados cumplían con su deber de respetar los derechos, la cual normalmente se daba a través de un deber de no perturbar (obligaciones negativas). Por el contrario, respecto de ciertos sectores de la sociedad que se encuentran en una situación de desventaja estructural, el Estado tiene un deber de acción (obligaciones positivas) a fin de facilitar o posibilitar el acceso y ejercicio sus derechos básicos.

No podría solamente quedarse en los deberes de no intervención, dado que esta posición neutral perpetuaría la desventaja estructural de la que son víctima estos sectores de la sociedad. Cuando existe una desigualdad de oportunidades, una posición de inferioridad de cierto grupo, la neutralidad es un atentado contra los derechos del grupo vulnerable, porque no permite que este ejerza sus derechos de la misma forma que cualquier otro ser humano.

En estos casos, existe un grupo considerado superior y que, por tanto, tiene privilegios y un grupo discriminado, que es tratado como inferior y, por tanto, sufre perjuicios. En este sentido, es posible apreciar una “evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH.”<sup>40</sup>

Ante situaciones de desequilibrio, en donde existen ciertos grupos humanos desventajados, debe existir de parte del “Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación”<sup>41</sup>

No es forzado relacionar estos desequilibrios y procesos de discriminación históricos o estructurales con el estándar cultural mencionado en el capítulo anterior, el cual justificaba o validaba un actuar

---

<sup>39</sup> Abramovich, Víctor. (2010). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derecho PUCP. 107

<sup>40</sup> Ibid. p 108

<sup>41</sup> Ídem.

de la autoridad en desmedro de personas que son parte de los grupos discriminados. Una consecuencia de la existencia de este tipo de contextos es que “también pueden violar el principio de igualdad, prácticas o políticas que son en apariencia neutrales, pero que pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre ciertos grupos desaventajados.”<sup>42</sup>

En consecuencia con lo anteriormente dicho, se requiere de parte de los Estados “una lectura en clave social del principio de igualdad, ya que implican reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población.” Y esta lectura en clave social implica: “observar el contexto social y las trayectorias sociales de ciertas personas como parte de un grupo o colectivo sojuzgado o discriminado.”<sup>43</sup>

Haciendo una relación con los términos del capítulo anterior, esta lectura en clave social es precisamente la consideración del estándar cultural que valida y justifica el actuar institucional que vulnera derechos. Este elemento, como se demostró en el análisis de jurisprudencia de la Corte, fue relevante a la hora de decidir sobre casos de discriminación en Latinoamérica, considerando, tanto en el relato de los hechos como en el razonamiento de la Corte, al contexto como un elemento fundamental en el análisis de las situaciones que se entregaban a su conocimiento. Esto es igualmente reconocido por Abrahamovic, quien señala:

“La CIDH valora fundamentalmente la existencia de un patrón o «pauta sistemática» en la respuesta estatal, que expresa, a su juicio, una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada no solo en perjuicio de la víctima sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. El enfoque, como dijimos, va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado.”<sup>44</sup>

La importante valoración recién señalada es notable en casos como el de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. Mexico y Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, en donde se hace directa referencia al contexto y a la discriminación histórica sufrida por las víctimas, presente con anterioridad y en el momento en que sucedieron los hechos. Así, la Corte descarta comprender la violación del derecho (la expulsión del territorio, la denegación de documentos, la desaparición y homicidio de mujeres) como un caso individual y lo asocia necesariamente con otros sucesos ocurridos en periodos temporales cercanos y en un mismo

---

<sup>42</sup> Ídem.

<sup>43</sup> Ibid. p 108-109

<sup>44</sup> Ibid. p 109

espacio territorial. Esto le permite a la Corte valorar las causas de distinta naturaleza a las que responde el suceso particular y, así, poder determinar los derechos violados, las obligaciones infringidas de parte del Estado, los deberes de reparación y las garantías de no repetición con las que se tendrá que cumplir.

Hasta ahora se ha mencionado la necesidad de superar el concepto formal de igualdad, el cual importaba principalmente una obligación negativa de parte del Estado, para llegar a un concepto de igualdad sustantiva que considere la realidad de ciertos grupos que, siendo formalmente iguales al resto, son sustantivamente considerados como inferiores, dadas las desventajas estructurales impuestas por el contexto en el que viven. En palabras de Abrahamovic:

“El SIDH no recoge solo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables, y por lo tanto a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación.”<sup>45</sup>

Estas medidas especiales de equiparación se traducen en las obligaciones positivas anteriormente mencionadas, las cuales necesitan, para su correcta formulación “examinar, en un estudio de igualdad, la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados.”<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Ibid. p 111

<sup>46</sup> Ídem.

## 2.2. Concepto y tipos de discriminación

Ahora bien, dado que es necesario analizar la discriminación dentro del contexto, hay que tener presente que “...no es cualquier diferenciación, en el sentido más neutro de la palabra, sino aquélla que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos, al menos). El motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación”.<sup>47</sup>

Esta definición coincide con el enfoque de la Corte estudiado en el capítulo anterior, dado que hace alusión a prejuicios negativos y motivos irrazonables y odiosos, tal como la Corte se refería a estereotipos, estigmatizaciones, prejuicios y falta de fundamentos concretos.

Además, es necesario tener presente otra distinción presentada por la profesora Ximena Gauché, y que se relaciona principalmente con los conceptos de igualdad formal e igualdad sustantiva anteriormente señalados:

“discriminación es ‘directa’ cuando una persona recibe un trato inferior en el goce y ejercicio de sus derechos en razón específicamente de alguno o algunos de los criterios que forman su identidad, tales como el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, el color de piel, la nacionalidad, la religión, etc. La discriminación es ‘indirecta’ en cambio cuando se adopta una medida o política que, si bien no busca otorgar el trato inferior, en los hechos lo produce en función justamente de alguno o algunos de estos criterios de identidad y diferenciación que he señalado.”<sup>48</sup>

Atendiendo a esta distinción, podemos asociar, según el concepto de igualdad que vulneran, la discriminación directa a la igualdad formal y la discriminación indirecta a la igualdad sustancial. Esta asociación se justifica en que en la discriminación directa, la norma o decisión, desde su formulación y en un inicio considera a una persona o grupo como inferior, como un “no igual”; en cambio, la discriminación indirecta se da mediante una norma, decisión o acto que considera a las personas como iguales, no busca tratar a alguna como inferior, pero que en la realidad tiene el impacto de generar (o no corregir) una desventaja sufrida por un grupo en razón de los criterios de discriminación mencionados.

---

<sup>47</sup> Bilbao, J.M. y Rey F., “El Principio Constitucional de Igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, M. (Compilador), *El principio constitucional* (cit.), p.111.

<sup>48</sup> Gauché, Ximena. (2011). *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Académica Española. p 149

No obstante, existe una categorización de discriminación que hace referencia aún más directamente a la distinción entre igualdad formal e igualdad sustantiva:

“(…) la discriminación formal se daría cuando la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no aseguran igualdad, garantizando así la prohibición de discriminación por los motivos prohibidos. La discriminación sustantiva en tanto supone que esta se produce por cuanto ciertas personas pertenecen a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación, tratándose de categorías de personas que sufren así una injusticia histórica o son víctimas de prejuicios persistentes. En este tipo de situaciones los estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto.”<sup>49</sup>

Entonces, la discriminación sustantiva corresponde a una situación claramente relacionada con las violaciones estructurales de derechos humanos, dado que implican un contexto de injusticia histórica y prejuicios persistentes, lo cual no dista mucho del estándar cultural ya muchas veces mencionado. Además, se señala expresamente el deber de los estados de adoptar medidas necesarias, para prevenir, reducir y eliminar estas condiciones y actitudes, lo cual también ya fue mencionado como parte del cambio de enfoque hacia las obligaciones positivas de los Estados para enfrentar contextos de discriminación.

Las distinciones de discriminación directa e indirecta, por un lado, y discriminación formal y sustantiva por el otro, operan en distintas categorías y no se pueden encontrar como elementos que paralelamente son parte de un mismo conjunto. La discriminación directa e indirecta tiene que ver con la intencionalidad de la medida y el efecto que provoca, mientras que la discriminación formal y sustantiva corresponde al ámbito del cual proviene la discriminación, a si este es normativo o más bien social. En este sentido y a propósito de la discriminación sustantiva, la profesora Ximena Gauché señala:

“Ahora bien, esta clase de discriminación de facto está muy ligada a lo que se pueden considerar “discriminaciones sistemáticas”, en el sentido de que la periodicidad con que se ven afectados algunos grupos está arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad. Se trataría de que a veces, sea de manera directa o indirecta, el estado desarrolla normas, políticas, prácticas o actitudes culturales, sea para el sector público o aún en el sector privado, que ponen en situación de desventaja comparativa a algunos grupos.”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Ibid. pp 151-152

<sup>50</sup> Ibid. p 152

Precisamente en el vínculo entre estas dos categorías de discriminación encontramos las violaciones estructurales de derechos humanos. Anteriormente se señaló que estas eran un actuar institucional que se justificaba y validaba en un estándar cultural producto de un contexto histórico y social. Utilizando las categorías de discriminación, bien podemos decir que en una violación estructural existe una discriminación sustantiva que se expresa posteriormente en una directa o indirecta de parte de las instituciones estatales.

Es por esta relación que la profesora Ximena Gauché cita en su texto, precisamente, al profesor Claudio Nash (citado como “algún autor chileno” en el texto), quien fue citado en el primer capítulo de este trabajo con el propósito de elucidar un concepto preliminar de violación estructural de derechos humanos y así ordenar el análisis de la jurisprudencia de la Corte:

“En doctrina a mi entender tienen una íntima conexión con lo que algún autor chileno ha llamado ‘violaciones estructurales de derechos humanos’, en el sentido de que es la organización del estado la que permite y facilita las violaciones de derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población, como ocurre con los niños, migrantes, mujeres, indígenas. Agrega que estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos protegidos. Sobre sus premisas el autor concluye en que frente a este tipo de violaciones los esfuerzos deben considerar tanto condiciones jurídicas y políticas, como también las culturales que hacen posible ese tipo de violaciones”<sup>51</sup>

### 2.3. Escisión entre la realidad normativa y la social

Relacionado con las explicaciones anteriores, Mariela Puga analiza los casos estructurales desde una perspectiva distinta, a través de la distancia entre la práctica jurídica y la realidad en los hechos. En efecto, señala cómo la primera no puede abstraerse del contexto en el que está inmersa ni puede ignorar las relaciones de poder y sometimiento que se dan en la realidad:

“La paradójica distancia entre los hechos y las normas, irradia en la práctica jurídica la imagen de dos mundos escindidos. Alberto Binder lo describe de la siguiente manera:

‘...junto a la lucha por el sentido normativo, se encuentra también otra disputa, que se vincula con la fuerza del derecho mismo, es decir, con la capacidad de regular efectivamente el conjunto de relaciones sociales que se dice regular. Cierta tradición intelectual dentro del pensamiento jurídico –de la cual la dogmática jurídica más tradicional hace un punto central– permite desvincular el

---

<sup>51</sup> Idem.

sentido normativo (que surge de la interpretación) del problema específico de su fuerza (su capacidad de provocar prácticas concretas), como si fueran dos mundos fácilmente escindibles. De ese modo, la determinación del sentido se aparta de la fuerza normativa o se desentiende de las prácticas concretas con las que se enfrenta todo texto jurídico que no sólo busca prescribir una práctica sino desplazar otra.”<sup>52</sup>

Es posible apreciar una crítica a cierta corriente de pensamiento jurídico donde se cuestiona la insensibilidad del derecho con la situación real que pretende regular, como si una y otra pertenecieran a mundos distintos, restando la importancia que en el mundo real tiene la configuración del derecho y sus estructuras. En palabras de la autora:

“La metáfora de la escisión se vincula, en cierta medida, a la extendida denuncia contra el cinismo de la corporación legal y de sus prácticas, entre las cuáles se destaca una dogmática jurídica que pretende aislar la interpretación legal de sus consecuencias y contexto. Ello parece contagiar también de cierto pseudo-cinismo – o instrumentalismo ingenuo (García Villegas: 2003) - a algunos segmentos del movimiento de los derechos humanos que en un primer momento (un T1) tiende a celebrar ‘triumfos de papel’, o la captación del lenguaje oficial, para luego, en un segundo momento (un T2), inculpar a los destinatarios de las normas por la anomia generalizada o la imperturbabilidad del status quo.”<sup>53</sup>

El cinismo y la metáfora de la escisión mencionadas por la profesora Puga puede ser relacionada con situaciones de igualdad formal, pero discriminación sustantiva. También de discriminación sustantiva y, a la vez, discriminación indirecta de parte del actuar estatal en sus distintos poderes.

El énfasis está puesto en la relación de las instituciones con la realidad, en cómo los jueces interpretan la norma en un contexto determinado, en qué nivel de realización tienen los derechos que formalmente están consagrados para todos y todas. En efecto, el momento T1 representa la consagración formal (‘de papel’) de la igualdad de todas las personas en dignidad y derechos, mientras que T2 hace referencia a un contexto social en donde dichos derechos no se respetan, donde no todos son iguales, porque existen personas discriminadas a quienes se les trata como inferiores.

La autora señala: “Los casos estructurales (en los que la causa de la violación de derechos refiere a prácticas o políticas sistémicas) resultan amplificadores naturales de estos dos momentos [T1 Y T2

---

<sup>52</sup> Puga, Mariela. (2007). La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’ . Buenos Aires: Universidad de Palermo. p 2

<sup>53</sup> Ibid.

en la cita anterior] y reflejos sobredimensionados de la escisión de los dos mundos. En ellos se observa con más claridad cómo un dogmatismo pseudo-neutral frente a problemas complejos conduce a profundizar la escisión entre el sentido de la norma y su efectividad.”<sup>54</sup>

#### 2.4. Consagración del derecho a la no discriminación en Chile desde una perspectiva constitucional

El artículo 19 de la Constitución consagra en sus 26 numerales los derechos fundamentales garantizados por ella. Así, respecto a la garantía de no discriminación, podemos encontrar que el numeral 2° reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, el numeral 3° reconoce la igual protección de los derechos, el numeral 16° reconoce la libertad de trabajo y su protección, y el numeral 22° garantiza la prohibición de la discriminación en materia económica por parte del Estado. Considerando el objeto de estudio, resulta claro que el numeral que tiene mayor incumbencia es el 2° en cuanto establece un principio general de igualdad y no discriminación. Esta idea se explicará en lo que sigue.

El numeral 2° señala: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

La literalidad del artículo establece claramente el alcance de la garantía, en cuanto consagra la no discriminación *ante la ley*. Es decir, el campo en que la constitución establece la garantía es el de actos de autoridad, el normativo. “En primer lugar, abarca la idea clásica de igualdad, según la cual, la ley debe ser general para todos y no debe establecer privilegios en función de la raza, posición económica u otros criterios semejantes (...) En segundo lugar, se protege la aplicación uniforme de la ley por parte de los órganos públicos a las distintas situaciones y personas. Tal exigencia, en particular afecta a los órganos subordinados al principio de legalidad. (...) Por último, en la esfera del derecho a la igualdad se garantiza también, la protección constitucional de la igualdad en la ley, prohibiendo que el legislador, en uso de su poder normativo, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que resulten arbitrarias.”<sup>55</sup>

Si analizamos lo anterior a la luz del concepto de violaciones estructurales y, particularmente, el estudio de la doctrina referente a él, nos podemos dar cuenta que las dimensiones en las que aplica

---

<sup>54</sup> Ibid. p 3

<sup>55</sup> Gómez, Gastón. *El principio de igualdad constitucional*. En 20 años de la Constitución chilena 1981-2001. Editorial Conosur Ltda. Santiago, 2001. p 179 -180

la garantía no logran comprender totalmente el fenómeno de las discriminaciones estructurales, dado que no abarca la parte social y cultural de ellas; lo que la doctrina citada anteriormente conoce como la discriminación sustantiva o de facto. En efecto, la garantía sólo comprende el elemento de violación estructural correspondiente al acto de autoridad que vulnera derechos fundamentales, pero no el elemento de estándar cultural que justifica o normaliza dicho acto. Ahora bien, si volvemos al concepto de discriminación, relacionado a una falta de racionalidad o de ilegitimidad del fin según el cual se hace la diferenciación, podemos reconducir la garantía como una que rige sobre los fundamentos de los actos de autoridad y, con ellos, los elementos culturales o de estigmatización que puedan tener lugar.

Por otro lado, la segunda dimensión que se reconoce a la garantía estudiada “nos permite fijar un interesante criterio a los efectos de la interpretación que, conforme a la Constitución, debe efectuar todo juez al momento de aplicar el derecho a los casos. (...) En efecto, el principio de igualdad puede resultar vulnerado cuando los jueces y tribunales apliquen las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija todo trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables. Debiendo el juez preferir aquella interpretación que no sólo resulta coherente con la Constitución y los derechos que ella contempla, sino que, además, cuando la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación, que, siendo admisible en derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que, en otro caso, se produciría.”<sup>56</sup>

Esta interpretación implica que los jueces, mediante la aplicación del derecho, deben -en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación- corregir o evitar que se produzca un trato discriminatorio. Esta argumentación abre la puerta a que el juez en sus fallos sea sensible a la realidad social, pudiendo considerar las discriminaciones sustantivas o de facto, al momento de optar por una u otra aplicación del derecho frente al caso concreto.

Ahora bien, José Luis Cea, refiriéndose al inciso primero del numeral 2º, artículo 19 de la Constitución, señala:

“Nos parece, sin embargo, que aquella es una redacción equívoca, ya que en la disposición aludida la Constitución consagra, en realidad, la *igualdad en la ley*, es decir, en el contenido y ejercicio de los derechos, deberes y garantías del ordenamiento jurídico. Cosa distinta, como decimos, es la igualdad *frente* a los órganos estatales encargados de que la isonomía de fondo, o contenido sustantivo de los preceptos legales, se imparta con recta igualdad. Queda claro, entonces, que en el numeral 2º se

---

<sup>56</sup> Gomez, Gastón. Ob. Cit. p 181

encuentra la isonomía sustantiva, material o de contenido que debe cumplir el ordenamiento jurídico en su integridad, mientras que en el numeral 3° del artículo 19, como veremos, está prevista la isonomía procesal o adjetiva.”<sup>57</sup>

Así, tenemos que el inciso primero del numeral 2° se encarga principalmente de delimitar el campo de aplicación de la garantía, determinando su carácter sustantivo, material o de contenido.

Es necesario hacer notar que no existe en este punto discrepancia con lo planteado por el profesor Gómez en su mención al deber que pesa sobre los jueces de preferir una interpretación que evite un resultado discriminatorio. En efecto, lo señalado por Gastón Gómez de todas formas se refiere a lo que José Luis Cea reconoce como el campo de *igualdad en la ley*, puesto que no es otra cosa que la determinación del contenido de la norma de parte de, en el caso referido por Gómez, un juez conociendo de un caso concreto.

Por otra parte, lo que José Luis Cea refiere como *igualdad ante ley*, y que estaría consagrada en el numeral 3° del artículo 19, dice relación con las posibilidades reales, para todas las personas, de obtener un pronunciamiento de parte de la autoridad y que este sea el mismo frente a casos similares o idénticos, garantizando los medios necesarios para que la protección de esos derechos de parte de la autoridad se otorgue igualitariamente a las distintas personas. En este punto sí es posible apreciar una diferencia con lo planteado por Gastón Gómez, quien considera que la garantía así descrita es una dimensión del numeral 2° y reconoce un contenido distinto y más restringido al numeral 3° del artículo 19. Volveremos sobre este punto luego de desarrollar un par de ideas respecto a la garantía contenida en el numeral 2° del artículo 19.

El inciso segundo del numeral 2° dispone: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Si bien la norma ya fue en parte abordada anteriormente, resulta esclarecedor el análisis que José Luis Cea desarrolla acerca de ella:

“(…) *arbitrario* es el acto o proceder contrario a la justicia o a la razón, infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado. El capricho, la inquina o el favoritismo es el móvil de tal conducta y, como tal, inconciliable con la lógica y la racionalidad que siempre han de caracterizar al Derecho.”<sup>58</sup>

Así, tenemos que la proscripción de la arbitrariedad como móvil de la diferenciación o igualación es el punto central de esta garantía, protegiendo a todas las personas de motivaciones viciosas en las decisiones de la autoridad. Esta interpretación, puede vincularse de mejor manera con el

---

<sup>57</sup> Cea, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*. Ediciones UC. Santiago, 2012. p 137

<sup>58</sup> Cea, José Luis. Ob, Cit. p 138

concepto en estudio de violación estructural, el cual precisamente dice relación con un elemento cultural que forma parte de la motivación del acto de autoridad y que es el que normaliza o justifica el resultado injusto.

Es posible apreciar, entonces, que “(...) la norma puede interpretarse, a *contrario sensu*, en el sentido que la ley y las autoridades, sin exclusión, están facultadas para establecer diferencias y nivelaciones, pero siempre que no sean arbitrarias, es decir, que resulten ser justas.”<sup>59</sup>

Entonces, entendemos que la igualdad o diferenciación son relaciones entre personas, una comparación, que en sí misma no tiene valor sino como un medio para llegar a un resultado justo. En palabras de José Luis Cea: “(...) la igualdad es un valor, un principio y un hecho que, intrínsecamente o en sí mismo, es decir, sin cotejo, parangón o relación con otro valor superior, carece de relevancia decisiva propia. La igualdad es un hecho, mientras que la justicia es un ideal. Esta última, por ende, debe siempre ser el valor de referencia, cuya presencia real permite determinar si una cierta relación de isonomía es justa o injusta.”<sup>60</sup>

Desde esta perspectiva, lo que sucede en los casos de violación estructural es que el estándar cultural es una normalización o justificación del resultado injusto y, como tal, es también el que motiva la diferenciación.

Este razonamiento permite que en el análisis del cumplimiento o no de la garantía de igualdad se considere de forma principal la situación fáctica de las personas o grupos de personas, siendo parte importante de ella la historia de la colectividad, el hecho de que esté marcada por estigmatizaciones y prejuicios, además de la percepción cultural del lugar en que se desenvuelven. De esta forma, una situación respetuosa del derecho de igualdad en la ley será aquella en que se contradice la normalización de la diferenciación con resultado injusto (arbitraria) que afecta a una colectividad y que, por el contrario, se tomen las medidas necesarias (igualadoras o diferenciadoras) para alcanzar un piso de justicia, que es el mismo que merece cualquier persona por el hecho de ser tal.

Para el análisis anterior resulta atinente repasar la evolución del principio de isonomía, que es como se ha denominado la igualdad *en y ante* la ley. José Luis Cea reconoce tres periodos de este desarrollo: Un primer periodo, caracterizado por el reconocimiento de la igualdad como un *valor natural*, con proyección en lo *ideológico o sociológico* de la persona humana. “Significa que todos los individuos del género humano, sin distinción alguna, son iguales por su naturaleza, es decir, nacen con rasgos corporales y de personalidad y se hallan dotados de cualidades, físicas e intelectuales, esencialmente

---

<sup>59</sup> Ibid. p 138

<sup>60</sup> Ibid. p 146

semejantes. Por supuesto, las diferencias entre unos con otros son numerosas, pero el rasero común en tal identidad de naturaleza. (...) Trátase, como se ha dicho, que la legislación reconozca el rasero, básico y universal, de la igualdad entre todos los varones y mujeres, es decir, en cuanto ambos son personas naturales.”<sup>61</sup> Uno de los principales efectos de este nivel de reconocimiento fue la abolición de la esclavitud.

El segundo periodo se caracteriza de la siguiente manera: “Las revoluciones modernas se desatan, en medida considerable, para conquistar la igualdad y libertad, negada a vastos sectores populares. Esta es la etapa de la *igualdad jurídica*. Las Constituciones articulan el principio de isonomía y el legislador debe eliminar -porque existen *de facto*- las diferencias establecidas sobre la base de raza, sexo, estirpe, edad, condición económica, posición social y credo religioso, por ejemplo. (...) Si en la primera etapa encontramos el rechazo a las desigualdades, proclamado en términos de isonomía por naturaleza del género humano, aquí hallamos la afirmación de la igualdad en el sentido de su reconocimiento jurídico, plasmado en textos de Derecho positivo y con magistraturas encargadas de llevarlos a la práctica.”<sup>62</sup>

La tercera etapa corresponde a la *igualdad justa*, ya referida anteriormente a propósito del análisis del inciso segundo del numeral 2º, artículo 19 de nuestra Constitución. En ella “Ya no basta, por consiguiente, con la declamación, expresa y solemne, de la igualdad para así legitimar un ordenamiento jurídico, pues puede ser nada más que un testimonio formal o declarativo. Surgen, por el contrario, preguntas que reclaman respuestas que llevan a razonar con referencia a la justicia, condenando las desigualdades o equiparaciones de orden más sutil, menos perceptibles que las diferencias sociológicas.”<sup>63</sup>

El debate sobre la definición de justicia es amplio y en él se han realizado diferentes propuestas. Sin embargo, el poder concluir un concepto de justicia adecuado y unitario no resulta tan relevante como la actitud en torno a la definición que se siga. En este sentido “Lo decisivo, antes y más allá de discrepancias terminológicas, es la actitud que demanda la definición, es decir, de compromiso con hacer justicia, sin diferencias ni nivelaciones irracionales, desproporcionadas, infundadas o inconducentes a la finalidad noble que es perseguida, es decir, tanto disimilitudes como equiparaciones que sean arbitrarias, o lo que se denomina *discriminaciones*, en las cuales siempre está presente la injusticia.”<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Cea, José Luis. Ob. Cit. p 130

<sup>62</sup> Ibid. p 130

<sup>63</sup> Ibid. p 132

<sup>64</sup> Ibid. p 132

Es así como se configura el concepto de igualdad justa que fue aplicado más arriba al momento de analizar el numeral 2° del artículo 19, el cual se puede complementar señalando que “El concepto de igualdad justa deja de relieve que la dificultad no está en hallar la isonomía en cuanto criterio matriz, sino que en cumplir la *fórmula aristotélica*, clave de la filosofía práctica. Según ésta, hay que tratar de igual manera, o con idénticos resultados, a quienes son iguales, y de manera distinta a quienes son desiguales. En otras palabras, la igualdad exige realizar diferencias, pero también nivelaciones o equiparaciones que supriman, reduzcan o alivien esas disimilitudes cuando son impuestas, esto es, si constituyen discriminaciones o distinciones arbitrarias.”<sup>65</sup>

Finalmente, corresponde hacerse cargo brevemente de lo dispuesto en el inciso primero del numeral 3°, artículo 19 de la Constitución, y que José Luis Cea señala que debiese llamarse *igualdad ante la ley*, puesto que la garantía consagrada en el numeral 2° sería la *igualdad en la ley*.

Esta garantía, como ya fue anticipado, guarda relación con el ámbito procesal, con la igualdad de posibilidades para todas las personas de obtener una protección de sus derechos de parte de los órganos estatales encargados de ello.

En efecto, se señala que “la Constitución asegura a todas las personas la igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, pues no basta que se declaren los derechos si se carece de las vías idóneas y expeditas, para reclamar su cumplimiento y, a través de ellas, lograr resultados semejantes en casos cuyos hechos son parecidos (...). A diferencia de la igualdad *en la ley*, esta nueva especie de isonomía se refiere a la igualdad más que nada procesal y, por ende, muy cercana a la judicatura, pero no exclusiva de ésta.”<sup>66</sup>

Ahora bien, es necesario destacar que la sola existencia de las vías expeditas e idóneas no agota el contenido de esta garantía. “En otras palabras, la igual protección de la ley en el disfrute de los derechos no es un asunto que se resuelva únicamente con reglas formales de acceso a los órganos públicos, porque presupone, además, que la gente, en especial la de modestos recursos o de los grupos infraprotegidos, disponga, en la realidad, de medios adecuados para lograr que sus derechos sean legalmente cautelados.” Una manifestación de este principio en nuestro ordenamiento es la existencia de la Defensoría Penal Pública y el trabajo que cumplen las Corporaciones de Asistencia Jurídica a lo largo de nuestro país.

Es posible apreciar que esta garantía en ningún caso es menos importante que la contenida en el numeral 2° del artículo 19, de hecho, es un complemento necesario para que aquella pueda

---

<sup>65</sup> Ibid. p 132

<sup>66</sup> Ibid. p 154

protegerse y realizarse más allá de su declamación en papel. Sin embargo, en cuanto al objeto de estudio, esto es, las violaciones estructurales de Derechos Humanos, la relación más directa, y que permite un análisis conceptual más acabado de la figura en estudio, es la que se tiene con la garantía de *igualdad en la ley*, consagrada en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución.

## 2.5 Síntesis del capítulo

El concepto de violaciones estructurales adquirió mayor importancia y uso a propósito de la evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos luego del periodo de Dictaduras y regímenes totalitarios en Latinoamérica, al cambiar su enfoque desde la reparación y garantía de derechos civiles y políticos ante la acción estatal, hacia una corrección de situaciones fácticas en las que si bien se reconocían formalmente los derechos de las personas, sustantivamente estos eran afectados por contextos discriminatorios en los que existen grupos en clara desventaja. Es por esto que el concepto tiene su origen en la actividad jurisprudencial de la Corte Interamericana.

Considerando su origen, es claro el vínculo que existe entre las violaciones estructurales y la discriminación. En efecto, la vulneración de derechos de cierto grupo humano se justifica y normaliza por un contexto en que el estándar cultural sostiene la inferioridad de dicho grupo. Este vínculo queda aún más claro si se consideran los distintos tipos de discriminación, siendo particularmente importante la discriminación sustantiva, dado que este sitúa la fuente de la discriminación en el contexto social.

Desde una mirada más cercana a la filosofía del derecho, estas desigualdades fácticas o contextos de discriminación, aparecen como una escisión entre la realidad normativa y la social, mostrando la consagración de ciertos derechos como meros “triumfos de papel” si la aplicación de las instituciones normativas, principalmente a través de la práctica judicial, se muestra neutral y no se hace cargo de las desigualdades sociales fácticas.

En nuestro país el derecho a la igualdad y no discriminación está consagrado en más de una disposición constitucional. Así, es posible encontrarlo en materia de cargas económicas y en derechos laborales. Sin embargo, su consagración conceptual y más general se encuentra en el numeral 2° del artículo 19.

Esta disposición reconoce el derecho a la *igualdad en la ley*, es decir, en el contenido y ejercicio de los derechos, deberes y garantías del ordenamiento jurídico. Es una igualdad o isonomía de fondo, respecto a cómo deben ser considerados los seres humanos por los Estados, mediante sus distintos órganos y sus normas.

Así la doctrina constitucionalista ha señalado que expresamente se reconoce una igualdad formal para todas las personas, pero que, de todas formas, la interpretación de la disposición y la evolución que ha tenido el entendimiento del concepto de igualdad, conducen a un deber de hacerse cargo de las situaciones de desigualdad fáctica que puedan darse en ciertos contextos.

En este sentido, analizando la labor del juez en la resolución de un caso concreto, este tendrá que preferir una interpretación que siendo conforme a derecho, evite o ponga fin a una situación de discriminación, aun cuando haya otra interpretación posible que sea igualmente aplicable, pero que no tenga dicho efecto. Esto se explica precisamente porque el juez (y cualquier otro órgano) con su resolución debe lograr igualdad y terminar con la discriminación, en tanto *la igualdad en la ley*, no se restringe al texto legal formalmente entendido, sino que a los actos de todos los órganos del Estado y de toda índole en general, que impliquen una manifestación relativa a la isonomía de fondo entre las personas.

Por otro lado, la igualdad debe entenderse como una *igualdad justa*. Es decir, y parafraseando lo desarrollado por José Luis Cea: la igualdad es un valor, un principio y un hecho que, intrínsecamente o en sí mismo carece de relevancia decisiva propia. Por otro lado, la justicia es un ideal y debe siempre ser el valor de referencia, cuya presencia real permita determinar si una cierta relación de isonomía es justa o injusta. Es por esto que en el centro de la garantía de la igualdad está la proscripción de la arbitrariedad como móvil de la diferenciación o igualación, porque donde hay arbitrariedad hay siempre discriminación y porque el móvil siempre debe ser la justicia como fin último.

### **Capítulo III: Análisis de sentencias chilenas en casos de discriminación**

En este capítulo se analizarán sentencias dictadas por la Corte Suprema y distintas Cortes de Apelaciones en Chile, durante la segunda década del siglo XXI. El análisis se centrará en identificar los elementos constitutivos de una violación estructural de derechos en los razonamientos de las Cortes en las distintas sentencias.

#### **3.1. ¿Por qué discriminación y no violación estructural?**

##### **3.1.1 Relación entre ambos conceptos**

El tipo de casos seleccionados para ser analizados en este capítulo es de aquellos en donde se alega una situación de discriminación. El vínculo que existe entre el concepto de violación estructural y el de discriminación ya fue tratado en parte del capítulo primero de esta tesis y en mayor profundidad en los capítulos segundo y tercero, en los cuales se llegó al concepto de discriminación estructural como un homólogo del de violación estructural.

En efecto la discriminación sustantiva, señalada por la profesora Ximena Gauché, corresponde a una situación claramente relacionada con las violaciones estructurales de derechos humanos, dado que implican un contexto de injusticia histórica y prejuicios persistentes, lo cual no dista mucho del estándar cultural ya muchas veces mencionado. Además, se señala expresamente el deber de los Estados de adoptar medidas necesarias, para prevenir, reducir y eliminar estas condiciones y actitudes, lo cual también ya fue mencionado como parte del cambio de enfoque hacia las obligaciones positivas de los Estados para enfrentar contextos de discriminación.

Además, el concepto de violación estructural, estudiado de la forma que se viene haciendo en este trabajo, surge a propósito de casos que tienen al Estado como actor que vulnera derechos. Por esta razón, las situaciones siempre involucran el actuar de una institución estatal o de algún poder del Estado, el cual reconocimos como elemento importante dentro del análisis del concepto.

Este elemento limitaría enormemente la cantidad de casos que pudiéramos analizar dentro de la jurisprudencia nacional, dado que forzaría a estudiar sólo casos que tuvieran al Fisco de Chile como parte. Además, de todas formas, se podrá evaluar el actuar institucional frente a una situación de discriminación estructural a través del razonamiento y la decisión final de la propia magistratura; de hecho, es desde ella que, en más de una oportunidad, surgió el acto institucional que dio origen a casos de violación estructural alegados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 3.1.2 En cuanto a la competencia de los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La discriminación como referencia de búsqueda también es adecuada porque permite adaptar la búsqueda a casos de competencia de las instancias nacionales. La Corte Interamericana conoce de casos llevados por los distintos Estados y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este nivel de discusión, la Corte tiene acceso a informes acerca de la realidad del país en distintos ámbitos, del actuar de las instituciones en el tiempo, de las medidas que los Estados toman frente al problema que se presenta. Dada la naturaleza de la aproximación que tiene la Corte IDH a los conflictos que se presentan ante ella, el análisis que puede realizar es muy diferente al de los tribunales internos.

En efecto, es muy difícil que un tribunal pueda referirse a un contexto de discriminación o de violencia cultural y social focalizada en un grupo humano, dado que se requiere que el tribunal estructure su razonamiento sobre premisas normativas y hechos probados. A diferencia de la Corte IDH, el tribunal nacional no tiene las herramientas probatorias ni la competencia para poder evaluar un estándar cultural, un contexto histórico, ni tampoco emitir un juicio sobre la situación general de un país; el tribunal nacional está limitado a pronunciarse sobre la situación que específicamente se le presenta.

Esta limitación está lejos de ser una reflexión personal acerca de la función que cumplen o deben cumplir los tribunales y el poder judicial al interior del país. En realidad, es un adelanto del razonamiento que los propios tribunales tienen respecto de su función y su forma de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en un caso concreto; este razonamiento se verá expuesto en este capítulo, especialmente en dos ilustrativas sentencias de la Corte de Apelaciones.

### 3.1.3 Estructura del análisis

Concordante con lo anteriormente dicho, se analizarán dos grupos de sentencias: por un lado, aquellas que resuelven sobre un caso de discriminación pero que no hacen alusión alguna al contexto y, por tanto, tampoco se acercan a reconocer la existencia de una discriminación estructural y, por otro lado, sentencias en las que se aborda la discriminación como una de tipo estructural o, al menos, el concepto se involucra en la discusión.

En el segundo grupo de sentencias (aquellas en las que si se habla de discriminación estructural) no es relevante todavía si las Cortes reconocen afirmativamente la existencia de una discriminación

estructural y fallan en consecuencia, sólo importa, a efectos de este análisis, que se utilice el concepto y se discuta en torno a él.

Estas sentencias comprenden procesos de distinta naturaleza, principalmente corresponden a causas por acción de no discriminación (ley 20.609) y recursos de amparo a favor de extranjeros. Así, de cada sentencia se revisarán los hechos del caso, el razonamiento del juez en torno a la discriminación y si es posible reconocer elementos comunes con aquellos que integran la definición de violación estructural (o discriminación estructural).

### 3.2 Sentencias sobre casos de discriminación en las que no se hace referencia a una violación estructural

#### 3.2.1 Discriminación por enfermedad o discapacidad

Se analizan tres sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre casos en que se alega discriminación por enfermedad o discapacidad. Dos sentencias son respecto de acciones de no discriminación (ley 20.609) y una sobre denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales.

Primero, es necesario señalar que la enfermedad o discapacidad es una de las categorías susceptibles de ser víctima de discriminación, mencionadas en el artículo 2° de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Este artículo define “discriminación arbitraria”, y menciona expresamente la enfermedad o discapacidad como uno de los criterios sobre los cuales no se puede establecer una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable.

En el Sistema Internacional de Derechos Humanos también se ha entendido la condición o estado de salud como un motivo prohibido de discriminación, en este sentido: “(...)el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluyendo “cualquier otra condición social”, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha confirmado que el ‘estado de salud (incluidos el VIH/SIDA)’ es un motivo prohibido de discriminación. El Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la misma conclusión en relación con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y también la antigua Comisión de Derechos Humanos señaló que la discriminación, actual o presunta, contra las personas con VIH/SIDA o con cualquier otra condición médica se encuentra tutelada al interior de otras condiciones sociales presentes en las cláusulas antidiscriminación. Los Relatores

Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud han adoptado esta postura.”<sup>67</sup> Si bien esta cita hace mención del VIH, lo hace a propósito de una ampliación de las categorías prohibidas hacia cualquier otra condición médica.

Es necesario en este punto aclarar la importancia de que una condición o característica integre el grupo de aquellas sobre las cuales está prohibido establecer un trato discriminatorio, dado que esta idea estará presente a lo largo de este capítulo, al momento de analizar el razonamiento de los tribunales y las Cortes conociendo de distintos casos de discriminación. En efecto, “La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría.”<sup>68</sup>

En otras palabras, el efecto se podría describir como el de establecer una mayor exigencia al momento de fundamentar una distinción realizada con motivo de alguna de las categorías protegidas. Así, el análisis ante las situaciones de discriminación se centra en la fundamentación razonable que pueda estar detrás de la conducta presuntamente discriminadora; si esta es razonable o arbitraria.

Este examen mayormente estricto sobre los fundamentos ya había sido reconocido en los capítulos anteriores, pero incluyendo un elemento más específico, propio de la importancia del contexto o estándar cultural en este tipo de discriminaciones, esto es: que la distinción se funde en estigmatizaciones, estereotipos o prejuicios arraigados culturalmente en la sociedad. Esto se ve en todos los casos analizados en el primer capítulo y también en la doctrina analizada en el segundo capítulo, particularmente cuando se señala que “...no es cualquier diferenciación, en el sentido más neutro de la palabra, sino aquella que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos,

---

<sup>67</sup> Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2015). p 74

<sup>68</sup> Ibid. p 75

al menos). El motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación”<sup>69</sup>

Siendo esta la orientación del análisis en casos de discriminación, no será difícil reconocerla en los razonamientos de la magistratura en las sentencias que a continuación se comentarán.

La causa Rol 31.297-2015 es de una acción de no discriminación arbitraria, interpuesta por una persona que es adulto mayor, que tuvo un accidente vascular por el que quedó con una secuela de carácter física que se traduce en una discapacidad equivalente a un 60%. La discriminación arbitraria que alega es la renovación de su licencia de conducir por un periodo menor al normal, sin una justificación razonable de dicha limitación.

Como ya fue anticipado, tanto la argumentación del demandante, como la defensa de la demandada y el razonamiento de la Corte Suprema, se centraron en los motivos para reducir el tiempo de vigencia de la licencia de conducir de la actora.

En efecto, la Corte en el considerando decimotercero señala: “[un acto de discriminación arbitraria] ha sido conceptualizado como ‘toda distinción, exclusión o restricción **que carezca de justificación razonable**, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, **en particular cuando se funden en motivos tales como** la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la **enfermedad o discapacidad**’.

Este enunciado evidencia con nitidez que para la procedencia de la acción deducida es necesario que exista o concurra algunas de las conductas descritas en la Ley N°20.609.”<sup>70</sup> (el énfasis es propio).

Si bien de la propia mención de la ley es posible anticipar el punto sobre el cual se centrará el razonamiento de la Corte, esta idea se confirma en el considerando decimocuarto: “Que si bien el recurrente hace consistir este acto de discriminación en la restricción arbitraria de la demandada del periodo de renovación de su licencia de conducir clase B, los sentenciadores concluyeron que el

---

<sup>69</sup> Bilbao, J.M. y Rey F., “El Principio Constitucional de Igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, M. (Compilador), El principio constitucional (cit.), p.111.

<sup>70</sup> Corte Suprema. Rol 31.297-2015, 21 de marzo de 2016.

acto administrativo aludido se ajustaba plenamente a las normas legales y reglamentarias vigentes, por cuanto contrario a lo señalado por el actor la causal de restricción del periodo de vigencia de la licencia de conducir del actor tiene como único fundamento que el recurrente reprobó el examen de manivela, circunstancia que facultaba a la autoridad municipal para restringir el periodo de renovación de la licencia de conducir tal como se desprende de la lectura del artículo 21 con relación al artículo 18 y 14 todos de la Ley N°18.290, disposiciones que son plenamente aplicables al caso de autos.”<sup>71</sup>

Así, la Corte termina por resolver que no existe una discriminación arbitraria al establecer que la decisión de restringir el periodo de renovación de la licencia tenía un fundamento fáctico claro, el cual consiste en la reprobación de un test; y, por otro lado, un respaldo normativo, dado que la autoridad actuó según lo establecido por una norma, la cual ante un supuesto de hecho como el descrito la faculta para tomar la decisión que tomó. La revisión de los fundamentos de la decisión fue lo decisivo en la determinación de si existía o no discriminación arbitraria.

En la causa rol 4999-2015 un miembro de la Armada de Chile interpone una acción de no discriminación arbitraria en contra de dicha institución debido a que esta ordenó su retiro absoluto de la institución. Dicha decisión se fundó en la decisión de la Comisión de Sanidad de la Armada que lo declaró no apto para el servicio, debido a una evaluación psíquica que tuvo como resultado la verificación de una deficiencia psíquica consistente en discapacidad para establecer contacto y relacionar sus propias emociones con la vida real, según decisión de la Comisión ya referida, lo que es concordante con alexitimia o cuadro de tendencia al “Síndrome de Asperguer”.

El tribunal de primera instancia acogió la acción y determinó que si hubo una acción de discriminación arbitraria. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en segunda instancia, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción. Ante esta resolución, el demandante interpuso recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema -que conoce del recurso de casación- respecto del fondo, esto es, la existencia de un actuar arbitrario e ilegal, señala: “Que del examen del proceso aparece de manifiesto que la Armada de Chile para dictar la Resolución a la que se le atribuye por el actor el carácter de arbitraria e ilegal, tuvo facultades legales para ello y, además, se fundó en diversos antecedentes, tales como exámenes de salud, informes médicos psiquiátricos, certificados de salud los que fueron ratificados en lo pertinente, por aquellos que los elaboraron, que explican los motivos o causas de la decisión

---

<sup>71</sup> Ibid.

adoptada, no pudiendo, de esa forma, entonces, afirmarse que la Dirección del Personal de la Armada de Chile careciera de facultades ni de una justificación razonable para haber dictado la resolución impugnada, no pudiendo calificarse dicha actuación como irreflexiva o infundada como se ha pretendido sostener por el actor.”<sup>72</sup>

Al igual que en el caso anterior, la Corte se limita a analizar los fundamentos fácticos y normativos de la decisión de la autoridad para descartar o no la posibilidad de un actuar ilegal o arbitrario. En este caso, la realización de distintos exámenes e informes médicos, así como la confirmación de las facultades legales de la Armada para poder ordenar el retiro de una persona en circunstancias como las señaladas, fueron suficientes para formar la convicción de que no existía una discriminación arbitraria en este caso.

En la causa rol 23.808-2014 una persona demanda por tutela laboral de derechos fundamentales, dado que su empleadora habría vulnerado su derecho a la no discriminación, al decidir que la demandada no continuaría prestando sus servicios.

El caso presenta ciertos puntos novedosos dentro de los argumentos de la demandada y el razonamiento de los tribunales que conocieron del caso en sus distintas instancias. En este sentido, se señala que el tribunal de primera instancia razonó lo siguiente: “Que conforme a los hechos probados correspondía al demandado principal justificar la decisión de que la actora no hubiese prestado servicios en las instalaciones de la demandada solidaria, al respecto la demandada principal al tomar la decisión señaló que la actora no iba a poder desplazarse en las instalaciones porque debía llevar un carro al efecto y en ocasiones trasladar una aspiradora industrial, hecho que no se acreditó en autos, como tampoco se acreditó que efectivamente las instalaciones impidieran el desplazamiento de la misma, por otra parte teniendo en cuenta que en el contrato de trabajo se señalan además de las labores de limpieza las de bodeguero, junior, mantención, no acreditó las razones por las cuales la actora no podía realizar dichas labores o alguna otra compatible con las características personales de la actora, por lo demás ni siquiera verificó que la demandante requiriese de forma permanente de las muletas para desplazarse.”<sup>73</sup>

Este razonamiento demuestra cómo la falta de fundamentos es lo que termina por dejar en evidencia un actuar discriminatorio, pero el tribunal de primera instancia va más allá y señala: “En definitiva [la demandada] obró sobre un prejuicio, que dice relación con concluir que la actora no podía cumplir ninguna función para la que fue contratada por la circunstancia de contar con un par de

---

<sup>72</sup> Corte Suprema. Rol 4999-2015, 21 de octubre de 2015.

<sup>73</sup> Corte Suprema. Rol 23808-2014, 5 de agosto de 2015.

muletas de apoyo.”<sup>74</sup> Esta consideración es importante dado que no sólo señala la falta de justificación racional, sino que señala el vicio en el fundamento de la empleadora, el cual consiste en incluir un prejuicio en su motivación. El uso del concepto *prejuicio* puede ser fácilmente vinculable con el estándar cultural antes mencionado, el cual ya muchas veces se vinculó con elementos como estereotipos, prejuicios y estigmatizaciones.

Con todo, el tribunal de primera instancia va más allá: “Por su parte se debe tener presente que el derecho antidiscriminatorio lucha contra la discriminación y la exclusión social de las minorías. El concepto minoría se ha definido como la colectividad humana diferenciada, con carácter relacional, que surge del contacto con otro grupo humano de diferentes características culturales, y cuya propia cultura no tiene un papel dominante.”<sup>75</sup> Esta aproximación dogmática a la lucha contra la discriminación involucra elementos que no se vieron en las sentencias anteriormente analizadas, como el carácter relacional con otro grupo y la importancia de las características culturales en este encuentro. Si bien no hace alusión directa a un contexto o estándar cultural que normalice la discriminación, presenta una perspectiva que se acerca más que en los otros casos analizados al fenómeno de las discriminaciones estructurales.

### 3.2.2 Discriminación por nacionalidad

Este grupo de sentencias se pronuncian sobre recursos de amparo interpuestos en favor de personas extranjeras cuyo derecho constitucionalmente consagrado a entrar y salir del territorio de la república, fue vulnerado por un actuar arbitrario e ilegal de las autoridades.

En la causa Rol 1874-2015 una ciudadana cubana solicita visa de turismo simple para vacacionar en Chile, la cual le es denegada por el Departamento de Inmigración de la Dirección General de Asuntos Consulares y de Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores debido al “feble vínculo que existiría entre la solicitante y el invitante”.

La Corte Suprema evalúa los fundamentos de la denegación de la visa de la siguiente forma: “la amparada, según lo expresado en el informe del recurrido, es una profesional que cuenta con un trabajo en Cuba, que tiene una hija en dicho país y que ‘acreditó propiedad, cuentas en banco y depósitos a plazos’, así como que la razón de su viaje ha sido el turismo por el lapso de 21 días; tampoco, se estableció que registre antecedentes penales ni encargos judiciales pendientes o que se encuentre en alguna de las hipótesis que le prohíbe su ingreso al país, sin que se acreditara, además,

---

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid.

la inconveniencia de la visación solicitada, puesto que el fundamento otorgado por la autoridad es el: ‘feble vínculo que existiría entre la solicitante y el invitante’, sin explicitar las razones por las cuales llegó a esa conclusión, más aún si se tiene presente el resto de los antecedentes antes reseñados, de lo que se colige que dicho argumento en estas condiciones carece de un sustrato factico coherente que permita comprender la negativa a la solicitud de visa. »<sup>76</sup>

La conclusión a la que llega la Corte analizando los antecedentes antes expuestos es decisiva y establece un vínculo claro entre la falta de fundamentación de la decisión y la discriminación:

“(..)<sup>6</sup>.- Que, por consiguiente, la denegación de la visa de turista realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la amparada da cuenta de un acto administrativo que no expresa fundamento razonable de su decisión, lo que importa claramente una discriminación arbitraria”<sup>77</sup>

El razonamiento de la Corte, en este caso, se centra en la omisión de una fundamentación razonable y legalmente amparada, y no se avoca a la identificación de las motivaciones que efectivamente tuvo la decisión, las cuales podrían eventualmente llevar al reconocimiento de estereotipos, estigmatizaciones o prejuicios presentes en nuestra cultura y, más importantemente, en nuestras instituciones. Las razones de esta aproximación ya fueron anunciadas al comienzo de este capítulo, sin perjuicio de que se volverá sobre ellas más adelante.

En la causa Rol 5163-2015, un ciudadano peruano intenta ingresar al país por motivos de turismo, ingreso que fue rechazado por la Policía de Investigaciones debido al incumplimiento de requisitos que no eran los exigidos para los extranjeros que ingresaran en calidad de turista, así como también por circunstancias descubiertas mediante procedimientos que no son los legalmente establecidos para estos casos, como lo es una entrevista personal realizada por los agentes policiales, la cual además se realizó sin ministros de fe que pudieran dar cuenta de la realización de la diligencia.

El razonamiento de la Corte es similar al del caso anterior: “Que, así las cosas, a juicio de esta Corte el acto administrativo de prohibir al amparado el ingreso al país, aparece como secuela de una sucesión de actuaciones cuya racionalidad y fundamento no se logran vislumbrar, lo cual vuelve el acto impugnado ilegal y arbitrario, pues de aceptarse el procedimiento de los agentes policiales objeto de la acción de amparo importaría abandonar al mero capricho del funcionario policial la decisión y discriminación entre los turistas extranjeros a quienes se permite y prohíbe el ingreso al país.”<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Corte Suprema. Rol 1874-2015, 9 de febrero de 2015.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Corte Suprema. Rol 5163-2015, 23 de abril de 2015.

En la causa rol 3073-2015, frente a la imposición de una sanción administrativa a una ciudadana extranjera, el razonamiento de la Corte es el mismo. Esto no deja de ser llamativo, dado que existen numerosas causas como las aquí expuestas que involucran a las instituciones relacionadas con el control migratorio o de tránsito de personas extranjeras, las cuales han demostrado en numerosas oportunidades un actuar arbitrariamente discriminatorio por carecer de un fundamento plausible y legalmente amparado.

Estos tres casos (los tres en un mismo año), son en sí mismos demostrativos de un estándar discriminatorio que se asienta en estas instituciones, dado que como estos existen numerosos otros casos que no fueron incluidos en este trabajo.

Las herramientas conceptuales desarrolladas en este trabajo permiten relacionar sin mucha dificultad el actuar de estas instituciones con una vulneración estructural de derechos similar a la del *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sin perjuicio de que la Corte Suprema pueda no ser la encargada, constitucionalmente, de acusar la existencia de un estándar discriminatorio y deba, en cambio, limitarse a dejar de manifiesto la falta de racionalidad en la fundamentación de las decisiones administrativas.

### 3.2.3 Discriminación por identidad de género

La identidad de género es uno de los motivos mencionados por la Ley 20.609 respecto de los cuales está particularmente prohibido establecer una distinción, restricción o exclusión que carezca de justificación razonable y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

En cuanto a la definición de identidad de género “debe entenderse por tal, conforme la definición dada por la Unidad LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida) y otras expresiones de género, que comprende la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”<sup>79</sup>

Esta definición fue referida por la Corte Suprema al resolver la causa 38238-2016, en la cual una mujer transgénero, concejal en la municipalidad de Lampa, en Santiago, sufría de discriminación

---

<sup>79</sup> Corte Suprema. Rol 38238-2016, 19 de diciembre de 2017.

de parte de la alcaldesa de dicho municipio y un concejal, la cual consistía en la insistencia en llamarla por su nombre legal, no reconociendo su nombre social y su identidad de género, así como comentarios irónicos al respecto.

La Corte cita jurisprudencia de la Corte IDH y doctrina que sostiene como el derecho a la identidad es un derecho fundamental que debe ser garantizado, dado que la discriminación arbitraria, en este caso, estaría afectando este derecho. Finalmente, la Corte concluye que “entonces, como el artículo 1° de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el de identidad es uno personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social, por lo tanto, está íntimamente vinculado a la dignidad humana, la inferencia lógica es que debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el inciso 2° del artículo 5 de la misma, que, conforme a su tenor, se erigen como límite al ejercicio de la soberanía, imponiendo a los órganos del Estado respetarlos y promoverlos.”<sup>80</sup>

Además, vincula el derecho a la identidad con el derecho a la integridad y a la no discriminación de la siguiente manera: “como el artículo 19, números 1 y 2, asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica y la igualdad ante la ley, que resultarán conculcados si no se respeta el derecho a la identidad, pues el fuero interno de la agraviada experimentará sentimientos de aflicción, generando una suerte de discriminación a su respecto, se debe concluir que el referido derecho se encuentra protegido constitucionalmente, con ello, el colectivo formado por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans (que comprende travestis, transexuales y transgéneros) e intersexuales. Por lo tanto, si con motivo de su identidad de género experimentan una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que les cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados, corresponde entender que se configuró un acto de discriminación arbitraria, atendido los términos del artículo 2 de la Ley N 20.609”<sup>81</sup>

Respecto al caso en concreto señala: “[en el contexto] en que una persona solicita que se la respete como tal, con sus distintivos y características, a juicio de esta Corte, dicha negativa importa un acto de discriminación, en la modalidad de distinción, esto es, en los términos del Mensaje de la Ley N°

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*

20.609, de una diferenciación sobre la base de una particularidad, su identidad de género, con la finalidad de afectar su dignidad como persona y que carece de justificación razonable”<sup>82</sup>

Este considerando es complementado con un rechazo del hecho de que la demandante haya usado su nombre legal para inscribir su campaña electoral como justificación razonable, dado que dicha circunstancia se da porque legalmente no existía otra alternativa, así como tampoco es plausible cualquier argumentación que se funde en exigir de parte de la persona afectada cambios, legales, quirúrgicos, médicos, entre otros. En efecto, “[tampoco es justificación razonable] que no se haya sometido a una intervención quirúrgica para adecuar de manera definitiva su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social, menos que no haya recurrido al procedimiento que le permitir a cambiar su nombre, porque no hay norma legal que la obligue a adoptar dichas decisiones, por lo que se encuentra sometido a su libre albedrío.”<sup>83</sup>

En este caso, el razonamiento de la Corte, si bien igualmente dedica parte de su razonamiento a la justificación de la distinción, se centra de forma más extensa en la naturaleza de la lesión, demostrando la forma en que el derecho de identidad es un derecho protegido y de qué forma la conducta de la alcaldesa lo vulnera.

Entonces si bien no se alude al estándar cultural ni al contexto social en el cual se enmarca la vulneración, sí se resalta la situación particular de las personas transgénero como grupo humano víctima de discriminación, señalando la forma en que deben entenderse y respetarse sus derechos. Similar razonamiento ocurre en la sentencia de la causa rol 61389-2018 en la cual una mujer transgénero interpone un recurso de protección por la discriminación que sufre de parte de un centro de asistencia de salud, el cual insiste en llamarla por su nombre legal y mantener dicho nombre en sus registros. En este caso la demandada se allana a la demanda, razón por la cual no existe una discusión sobre la cual la Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncie, sin embargo, esta igualmente circunscribe la discusión en los siguientes términos: “En concordancia con lo anterior, corresponde a esta Corte dilucidar si el acto impugnado por la presente acción –consistente en definitiva en la negativa de la recurrida a emplear el nombre social femenino de la recurrente en su ficha clínica- es ilegal o arbitrario. Para luego, examinar si dicho acto afecta o conculca alguna de las garantías constitucionales que se denunciaron como vulneradas por la recurrente.”<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 61389-2018, 19 de octubre de 2018.

### 3.3 Sentencias sobre casos de discriminación en las que sí se hace referencia a una violación o discriminación estructural

En estas sentencias está presente la noción de discriminación estructural, ya sea porque fue alegada por alguna de las partes, porque un tribunal de alguna instancia inferior la acogió en sus razonamientos o porque fue rechazada por la magistratura que emite la sentencia.

Son tres sentencias de casos en los que se presenta una discriminación estructural a una persona mapuche, a una pareja homosexual y a una mujer migrante.

#### 3.3.1 Sentencia causa Rol 4279-2014, Corte de Apelaciones de Temuco

Esta causa corresponde a un recurso de protección interpuesto en favor de la Municipalidad de Temuco (más específicamente de su alcalde) y en contra de un Juez de Familia de la misma ciudad. El juez demandado habría resuelto respecto de una causa en la que se involucraba un niño mapuche que se oficiara al Alcalde de Temuco a objeto de “que disponga en cumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, todas las medidas necesarias para amparar los derechos fundamentales de los comerciantes ambulantes que pertenecen al pueblo mapuche y que ejercen su práctica social habitualmente en la ciudad de Temuco, absteniéndose de realizar cualquier conducta lesiva a sus derechos fundamentales, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades que corresponda.”<sup>85</sup>

Señala que esta sentencia afecta su derecho al debido proceso consagrado en el art. 19 n°3 de la Constitución, dado que resulta obligado por una sentencia dictada en un juicio en el que no fue parte, incumpliendo con el derecho a defensa y a bilateralidad de la audiencia, como derivados de un proceso racional y justo. Además, se apercibe al alcalde a cumplir con obligaciones que no se determinan, en favor de personas también sólo determinadas genéricamente, con lo cual se afecta su derecho a la libertad consagrado en el art. 19 n°7 de la Constitución.

La defensa del Juez de Familia señala la razonabilidad de los fundamentos de la sentencia, para que así se desestimen las alegaciones de arbitrariedad e ilegalidad en la afectación de los derechos señalados por el alcalde. Es dentro de esta argumentación que se señala: “Agrega que en el caso de autos, cobra especial relevancia lo que la doctrina emanada de la jurisprudencia de las Cortes Internacionales de justicia, ha denominado discriminación estructural o sistémica, que es aquella referida a la ‘... situación que enfrentan determinados sectores de la población que, por complejas

---

<sup>85</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 4279-2014, 4 de febrero de 2015

prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad; y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, en diversos fallos ha identificado como grupos sujetos a este tipo de discriminación, precisamente a las personas pertenecientes a los pueblos indígenas. Por ello estima que cuando la Municipalidad de Temuco pretende aplicar una política pública determinada, sin considerar las particularidades culturales de los habitantes de la ciudad, incurre en una práctica discriminatoria, que debe ser revisada de a la luz del enfoque señalado. En este sentido, su accionar no puede ser excluido del escrutinio jurisdiccional como pretende la recurrente, al solicitar a dicha Corte que se inhiba a esta judicatura de ejercer sus funciones propias de garantizar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.”<sup>86</sup>

Este es un caso en que el Juez de familia está aplicando directamente el concepto estudiado en este trabajo, así como también lo que en el segundo capítulo se mencionó bajo el rótulo de discriminación indirecta, esto es, una medida o política que, si bien no busca otorgar el trato inferior, en los hechos lo produce en función justamente de alguno o algunos de estos criterios de identidad y diferenciación.<sup>87</sup>El efecto de discriminación indirecta se produce, en este caso, por no considerar las particularidades culturales de los habitantes de la ciudad pertenecientes al pueblo mapuche.

Es el propio Juez de Familia que reconoce que es un enfoque especial del que se debe abordar esta situación. Lo interesante es que la particularidad del enfoque desde las discriminaciones estructurales tiene como consecuencia que las medidas que se adopten en la sentencia tengan como sujeto beneficiado un grupo humano con características culturales comunes y no personas determinadas en específico, así como también una orden genérica en cuanto a la naturaleza de las medidas que se deban adoptar, dado que la discriminación implica dimensiones culturales e históricas que usualmente no se abordan con medidas específicas inmediatas.

Es precisamente esta poca especificidad la que termina por ser decisiva al momento de resolver la arbitrariedad en la afectación de los derechos del alcalde. En efecto: “se declara ilegal y arbitrario la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2014, sólo en cuanto ordena a la Municipalidad de Temuco, el cumplimiento del Convenio N°169 de la OIT, en los términos señalados respecto de personas que no señala, como también en lo además de ordenarle que se abstenga de realizar conductas

---

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Gauché, Ximena. (2011). *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Académica Española. p 149

lesivas, sin indicar cuales; por ser de exclusividad de la Municipalidad de Temuco, la facultad de administrar los bienes nacionales de uso público, conforme a la ley.”<sup>88</sup>

Así, podemos ver el punto anticipado al inicio del capítulo respecto de las diferencias que existen entre la competencia y herramientas que tiene la Corte IDH y los tribunales nacionales, para conocer y juzgar casos de discriminación estructural.

### 3.3.2 Sentencia Rol 3335-2018, Corte de Apelaciones de Valparaíso

Esta causa es sobre un recurso de protección interpuesto por las madres de una menor, en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, debido a que este rechazó la solicitud de que se inscribieran a ambas mujeres como madres del menor.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, considera que no hay una discriminación arbitraria en la decisión del Servicio, dado que “se funda en que no existe en nuestra legislación una forma que permita válidamente inscribir a dos mujeres como madres de un menor. (...) La situación que se ha planteado no tiene un correlato legal que permita acceder a la petición que se ha planteado, por lo que la actuación del Registro Civil no resulta arbitraria. Tampoco es ilegal, pues este Servicio ha aplicado perfectamente la normativa vigente, normas que ya se han indicado y que correspondía que fueran consideradas en el presente caso.”<sup>89</sup>

La Corte no repara en el efecto que la normativa tiene en la niña ni en sus madres, menos aún en el contexto en el que se enmarca el rechazo a reconocer legalmente a una familia por el hecho de estar constituida por una pareja homosexual. Simplemente se conforma con lo establecido en la ley.

No obstante, existe un voto en contra de la ministra Silvana Donoso, el cual estaba por acoger el recurso de protección.

Además de señalar que las normas en que se pretende amparar la decisión del Servicio de Registro Civil no están vigentes dado que, por ejemplo, aplican la proscrita distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, se presentan consideraciones de fondo respecto de la discriminación que produce la interpretación que se propone de dichas normas. En efecto, la ministra señala “Que, de las normas recién colacionadas, es posible afirmar que todas ellas pertenecen a un momento social, económico y político muy anterior al reconocimiento de las familias homoparentales, época en que lo pudo preverse la familia tradicional conformada por un hombre y una mujer como pilares de la misma. Sin embargo, a partir de la ardua discusión de la Ley que sancionó el Acuerdo de Unión Civil

---

<sup>88</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 4279-2014, 4 de febrero de 2015

<sup>89</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol 3335-2018, 15 de junio de 2018

(primitivamente, Acuerdo de Vida en Pareja), no puede desconocerse que la existencia de parejas del mismo sexo conforma hoy, familias, amén de aquellas monoparentales o monomarentales.”<sup>90</sup>

El considerando siguiente es relevante, dado que manifiesta claramente la existencia de una hegemonía de las parejas heterosexuales por sobre las homosexuales presentándose en forma de una desigualdad fáctica. En sus palabras: “Que, sin embargo, en la actualidad, se ha producido una discriminación arbitraria y sin correlato con las normas internas, tampoco internacionales, desde que, aún con la existencia del AUC, no se ha propendido a un trato igualitario a las diversas familias, manteniendo una posición hegemónica aquella compuesta por un hombre y una mujer, atentándose, de este modo, contra el artículo 1 de la Constitución Política de la República, puesto que si Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, resulta ininteligible el sustento normativo para mantener situaciones fácticas de desigualdad, vulnerando de este modo lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República en tanto asegura ‘La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados’ .”<sup>91</sup>

La situación fáctica descrita por la ministra no es diferente a un contexto donde hay un estándar cultural que normaliza la discriminación de ciertos grupos, el cual hemos señalado como elemento importante de las violaciones estructurales de derechos humanos. Esta idea se reafirma en un considerando siguiente, cuando la ministra señala: “la Corte reiteró su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del 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.”<sup>92</sup>

### 3.3.3 Sentencia Rol 516-2016, Corte de Apelaciones de La Serena

Esta causa es sobre un recurso de nulidad respecto de una sentencia penal condenatoria. En ella se condena a Hugo Salazar Parra por el delito de amenazas simples en contexto de violencia intrafamiliar. Las amenazas habrían sido realizadas en contra de la pareja del condenado, una mujer, dueña de casa, afrodescendiente y peruana.

La defensa de Hugo Salazar “Fundamenta el recurso en el motivo de nulidad previsto en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal. Vale decir, cuando en el pronunciamiento de la sentencia

---

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid.

se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letra c), esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y las circunstancias que se dieron por probados fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal.”<sup>93</sup>

En particular se ataca la valoración de los medios de prueba en tanto: “Indica que la lógica del razonamiento utilizada por el sentenciador a quo no aparece como certera, ya que se han vulnerado a lo menos, el principio de razón suficiente y el principio de no contradicción, en cuanto el tribunal, en primer lugar, no argumenta de forma suficiente cuáles fueron los medios de prueba rendidos en juicio, que hicieron desear al sentenciador la declaración del acusado y preferir la declaración de la víctima.”<sup>94</sup>

Es en este punto donde influye sustancialmente el concepto de discriminación estructural, dado que es precisamente lo que motiva al tribunal a quo a inclinarse por la declaración de la víctima: “Por reunir la víctima en este caso una serie de categorías sospechosas que la hacen sujeto pasivo de discriminación estructural, esto es, aquella que han sufrido históricamente grupos minoritarios (mujeres, migrantes, personas de raza de color, personas discapacitadas, gays, lesbianas, homosexuales, transexuales, etc.), es altamente probable que ella sintiera que tenía todo que perder en este juicio y nada que ganar, como usualmente ocurre para estos grupos de personas, razón por la cual su testimonio se presenta especialmente abonado por tal circunstancia.”<sup>95</sup>

Así, el tribunal cuya sentencia se busca anular, se hace efectivamente cargo de la desigualdad fáctica que existe entre la víctima y el condenado, incorporando elementos del contexto al análisis de valoración de la prueba para formar su convicción. Además, confirma la discriminación estructural que sufre la víctima al apreciar los argumentos esgrimidos por la defensa: “[la defensa debió recurrir a]desacreditarla [a la víctima] aludiendo a estereotipos vulneratorios de su dignidad. En este caso, afirmaciones estereotípicas introducidas con tal fin, en especial, en la declaración del imputado y en el contra interrogatorio de la víctima, tales como ‘la víctima mintió para ir a una casa de acogida’, ‘la víctima miente para obtener una orden de alejamiento o el cuidado de su hija’, ‘la víctima es una mala madre al entregar el cuidado de su hija al padre’, resultan inadmisibles para el Tribunal, primero, porque no se probaron y segundo porque son contrarias a normas convencionales sobre

---

<sup>93</sup> Corte de Apelaciones de La Serena. Rol 516-2016, 10 de enero de 2017.

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Ibid.

derechos humanos vinculantes para el tribunal, y que obligan a desterrar de las prácticas judiciales los estereotipos sobre los deberes propios de hombres y mujeres, específicamente el artículo 5 de la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación en contra de la mujer (CEDAW)”<sup>96</sup>

No obstante, la Corte acogió las alegaciones que la defensa expuso para invalidar la sentencia, fundamentalmente bajo la siguiente consideración: “Que, por otra parte, todos los razonamientos probatorios que pretenden justificar la preferencia del testimonio de la víctima en los argumentos de la discriminación estructural, son en principio inadecuados para medir la credibilidad del relato y además irrelevantes para decidir si son suficientes para considerar probados los hechos del requerimiento. La condición de mujer, de afrodescendiente, de peruana o dueña de casa, o la calidad de sujeto pasivo de una potencial discriminación estructural, son inferencias o datos que per se no dicen nada sobre la mayor o menor credibilidad del relato de la víctima por sobre el relato del victimario. Así, es de suyo muy incierto para la atribución de credibilidad del testimonio de la víctima considerar el miedo real o presunto derivado de pertenecer a una minoría discriminada, e inferir de allí que -si declaró en juicio a pesar del miedo por aquella discriminación estructural que la afecta- su testimonio, sin más, quede revestido de mayor credibilidad.”

Aquí, se demuestra lo que ya se había adelantado al comienzo de este capítulo, en cuanto a las facultades que tienen los tribunales nacionales y la forma en que se aproximan a la comprensión de la situación de la que conocen. En efecto, el tribunal nacional parece -según el criterio de la Corte de Apelaciones de La Serena, en este caso- no poder hacer valoraciones respecto a contextos de discriminación, dada la dificultad de poder incorporarlo como un hecho probado o una premisa normativa, o la dificultad de justificar su aplicación en la valoración de otros medios de prueba dentro de las reglas de la sana crítica que rigen en materia probatoria y en las exigencias de justificación de la sentencia.

---

<sup>96</sup> Ibid.

### 3.4 Síntesis del Capítulo

La forma en que los tribunales nacionales pueden juzgar los casos de discriminación es diferente a la forma en que lo hace La Corte IDH. Estas diferencias están determinadas principalmente por la competencia de los tribunales nacionales, las exigencias de motivación de la sentencia y las facultades que tienen dentro del proceso.

Así, existe un gran número de sentencias en que los tribunales nacionales no hacen ninguna referencia al contexto en que se enmarca la discriminación y se limitan a verificar la ausencia de una justificación razonable de la distinción que se hace.

Si bien existen sentencias que incluyen en su razonamiento el reconocimiento de la existencia de prejuicios o estigmatizaciones, el efecto vinculante de esta circunstancia es limitado y sólo se enuncia como un refuerzo a la falta de fundamentos racionales.

En las sentencias en que se reconoció la existencia de una situación de discriminación estructural, y que dicho concepto tuvo una influencia importante en la resolución del tribunal, el efecto jurídico de dicho reconocimiento fue limitado e incluso anulado por las instancias superiores. Este es el caso de las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones de Temuco y La Serena.

Si bien es posible reconocer que en los últimos años la discriminación estructural se ha hecho parte de la argumentación de litigantes y tribunales, lo cual se puede ver, por ejemplo, en el voto en contra de la ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; la influencia que esta figura tiene efectivamente en la conducta decisoria de los tribunales es limitada principalmente a través de las normas que rigen su competencia (siendo un ejemplo de esto la sentencia de la Corte de Temuco) y la validez de las sentencias que dictan (siendo un ejemplo de esto la sentencia dictada por la Corte de La Serena)

## Conclusiones

El concepto de violaciones estructurales ha tenido su origen y evolución principalmente en las sentencias de La Corte IDH, en un contexto en el cual el Sistema IDH cambia su enfoque para hacer frente a situaciones de discriminación social en un periodo posterior al de las dictaduras latinoamericanas.

Así es posible señalar que la violación estructural es aquella que se da mediante un actuar institucional, respecto de un grupo humano discriminado y en un contexto que supone un estándar cultural que valida o justifica el actuar institucional vulnerador de derechos. Dicho de otra forma, son violaciones provenientes de la autoridad que se dan en un contexto donde se han normalizado e invisibilizado las vulneraciones a los derechos de un determinado grupo humano.

Si bien en este trabajo se utilizó el concepto de “estándar cultural” para identificar el elemento contextual distintivo de las violaciones estructurales, a través de las sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos es posible aclarar aún más este elemento. En efecto, La Corte lo caracteriza refiriéndose a estereotipos y estigmatizaciones generalizadas en un lugar o población, que se han sostenido en el tiempo y según los cuales se normaliza la vulneración de los derechos del grupo humano sobre el cual pesan estos estereotipos, haciendo invisible la injusticia que implica una vida sin un ejercicio pleno y en igualdad de los derechos.

En este sentido, es posible ver en los distintos casos que conoce La Corte que, por ejemplo, una desaparición colectiva de mujeres no fue considerado como algo que haya debido alarmar a las autoridades ni que haya debido ser investigado con un esfuerzo particular, al igual que la sanción por sus muertes; que se consideró justificado y normal el impedir que una niña se eduque junto a otros niños de su edad por el sólo hecho de ser una persona que vive con VIH, argumentando que la salud y la vida de sus compañeros estaría en riesgo; que se consideró que el interés superior del niño necesariamente indica que las hijas de una mujer lesbiana estarán mejor lejos de su madre y al cuidado de una pareja heterosexual por el sólo hecho de serlo; que fue algo normal estimar que familias de origen y ascendencia haitiana no tienen igual derecho a vivir en un lugar y que por tanto correspondía emplear todos los medios necesarios para que sean expulsadas. En todos estos casos La Corte identifica que en los fundamentos de los actos que conllevan a la vulneración de derechos hay total falta de racionalidad, siendo esta reemplazada por estereotipos y estigmatizaciones como las mencionadas.

A esto podemos agregar que en las violaciones estructurales se da una relación circular entre el estándar cultural y el actuar institucional, dado que el actuar institucional violador de derechos es

validado o justificado por el estándar cultural propio del contexto y, a la vez, el estándar cultural se fortalece con los actos institucionales que reflejan dicho estándar. Estos actos, por ejemplo, pueden tener el efecto de generar una sensación de impunidad respecto de ciertas conductas de violencia o discriminación al dejarlas sin sanción.

Por otra parte, es claro el vínculo que existe entre las violaciones estructurales y la discriminación. En efecto, la vulneración de derechos de cierto grupo humano se justifica y normaliza por un contexto en que el estándar cultural sostiene la inferioridad de dicho grupo. Este vínculo queda aún más claro si se consideran los distintos tipos de discriminación, siendo particularmente importante la discriminación sustantiva, dado que esta se sitúa la fuente de la discriminación en el contexto social.

En Chile, existe un gran número de sentencias en que los tribunales nacionales no hacen ninguna referencia al contexto en que se enmarca la discriminación y se limitan a verificar la ausencia de una justificación razonable de la distinción que se hace.

Si bien existen sentencias que incluyen en su razonamiento el reconocimiento de prejuicios o estigmatizaciones, el efecto vinculante de esta circunstancia es limitado y sólo se enuncia como un refuerzo a la falta de fundamentos racionales.

En las sentencias en que se reconoció la existencia de una situación de discriminación estructural, y que dicho concepto tuvo una influencia importante en la resolución del tribunal, el efecto jurídico de dicho reconocimiento fue limitado e incluso anulado por las instancias superiores.

Lo anterior ocurre principalmente debido a la competencia de los tribunales nacionales, las exigencias de motivación de sus sentencias y las facultades que tienen dentro del proceso.

Es notorio el contraste que existe entre la forma en que los jueces en Chile conocen de estos casos y la forma en que lo hace La Corte IDH. Aun reconociendo las limitaciones normativas e institucionales que tienen los tribunales nacionales para operar, resulta claro que dentro del razonamiento de los jueces no existe una comprensión de los grupos discriminados que sea receptiva de su historia y la prevalencia que en ella han tenido las estigmatizaciones y estereotipos.

En efecto, los jueces nacionales aplican una mirada que reduce la comprensión de la situación exclusivamente al caso particular que les corresponde resolver, es decir, los hechos del asunto o negocio del cual conocen y aquellos que se relacionan de una manera próxima en el tiempo y en el espacio con ellos. Esta mirada, no quiere decir necesariamente que los jueces no creen que hay un estándar cultural generalizado que se mantiene en el tiempo, sino que, aunque este existiera, creen que su labor jurisdiccional no incluye el hacerse cargo de esos elementos y, por el contrario, que su

función implica analizar el caso como una única unidad fáctica que entra a su esfera de conocimiento.

Lo anteriormente dicho, considerando el último grupo de sentencias revisadas, parece ser más propio de los jueces integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia y no de aquellos que conocen de los asuntos en primera instancia, donde en algunos casos se invoca expresamente el razonamiento de La Corte IDH como una forma particular de analizar los hechos de un caso donde está involucrada una persona perteneciente a un grupo discriminado. Esta forma de razonamiento, comprensiva de la historia y el contexto, es la que le permite a La Corte Interamericana detectar estereotipos, estigmatizaciones y, en definitiva, situaciones injustas normalizadas que requieren soluciones estructurales. Una aplicación del derecho que no se haga cargo de esa parte de la realidad termina por reflejar la escisión entre la realidad normativa y la social, convirtiendo el reconocimiento formal de los derechos en “victorias de papel” incapaces de influir en su real respeto y ejercicio.

El desafío que ahora se presenta es poder incorporar la noción de violaciones estructurales de forma tal que sea posible detectar las situaciones en que estas se den y poder adoptar las medidas necesarias para revertirlas. La mayor dificultad se presenta en la detección, dado que, por su definición, este tipo de violaciones están normalizadas en las sociedades, por lo que es necesario un esfuerzo mayor para contrarrestar un estándar cultural que muchas veces está ampliamente arraigado. Será difícil entonces identificar con claridad los órganos que puedan encargarse de dicha tarea, así como los medios que ellos tengan para realizarla; los tribunales ciertamente tienen facultades limitadas para poder razonar acerca del contexto social y cultural en que se presentan los casos de los que conocen, y dejar la detección y adopción de medidas en manos de los gobiernos sucesivos implica el riesgo de quedar supeditados a la voluntad política de los gobernantes de turno, los cuales podrían compartir el estándar cultural de discriminación e incluso promoverlo como un asunto perteneciente a su agenda valorativa, marcada por su propia mirada.

En cuanto a las medidas que deban tomarse, La Corte IDH ya ha señalado que estas deben ser integrales, incorporando la prevención de factores de riesgo y un marco normativo que permita el adecuado tratamiento de los casos que se presenten. A esto es posible agregar que el principal medio para revertir un estándar cultural nocivo arraigado en la población, es la educación fundada en la no discriminación y en la deconstrucción de los estereotipos, estigmatizaciones y prejuicios que están detrás de la violencia estructural que sufren miles de personas todos los días.

## **Bibliografía**

### **Doctrina**

Abramovich, V. (2010). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derecho PUCP.

Bilbao, J.M. y Rey F., “El Principio Constitucional de Igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, M. (Compilador), El principio constitucional (cit.).

Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Ediciones UC. Santiago, 2012

Gauché, X. (2011). *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Académica Española.

Gauché, X. (2014). Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 11-58.

Gómez, G. El principio de igualdad constitucional. En 20 años de la Constitución chilena 1981-2001. Editorial Conosur Ltda. Santiago, 2001.

Nash, C. (2003). Protección de los Derechos Humanos Indígenas en el Sistema Interamericano. *Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile*. Iquique.

Nash, C. (2017). Protección Internacional de los Derechos Humanos. Apuntes de Clase. Santiago, Chile.

Puga, M. (2007). *La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’*. Buenos Aires: Universidad de Palermo.

### **Jurisprudencia**

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2014).

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. Mexico. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, C. 205 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).

Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2014).

Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2015).

Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2016).

Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016).

Corte de Apelaciones de La Serena. Rol 516-2016, 10 de enero de 2017.

Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 4279-2014, 4 de febrero de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 61389-2018, 19 de octubre de 2018.

Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol 3335-2018, 15 de junio de 2018

Corte Suprema. Rol 38238-2016, 19 de diciembre de 2017.

Corte Suprema. Rol 1874-2015, 9 de febrero de 2015.

Corte Suprema. Rol 5163-2015, 23 de abril de 2015.

Corte Suprema. Rol 4999-2015, 21 de octubre de 2015.

Corte Suprema. Rol 23808-2014, 5 de agosto de 2015.

Corte Suprema. Rol 31.297-2015, 21 de marzo de 2016.