

## ■ B. Sistema interamericano

Rosa M<sup>a</sup> GILES CARNERO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DISCRIMINACIONES DIRECTAS.—3. LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS.—4. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA.—5. LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES ESTRUCTURALES.—6. VALORACIÓN.—7. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. Introducción

La actividad de la Corte IDH a favor de la protección de los derechos de las mujeres ha alcanzado en los últimos años una importante notoriedad, provocada en buena medida por la repercusión de su pronunciamiento en el caso *González y otras c. México (Campo algodonero)*, de 16 de noviembre de 2009, referido a la situación en Ciudad Juárez y en el que se consideró responsable al Estado Mexicano del fenómeno generalizado de violencia contra las mujeres<sup>1</sup>. Esta Sentencia es uno de los mejores ejemplos de una actividad en la que este órgano jurisdiccional se ha referido a los principios de igualdad y prohibición de discriminación recogidos, en particular, en los artículos 1.1 y 24 de la CADH y en el artículo II de la Declaración Americana; así como a otros textos internacionales regionales como la Convención de Belém do Pará, o generales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

---

<sup>1</sup> La relevancia mediática y social de este pronunciamiento ha sido amplia. Esta sentencia fue acogida de forma especialmente positiva por organizaciones internacionales de defensa de los derechos de las mujeres, recibiendo la Corte IDH galardones como el Premio Género y Justicia al Descubierto de 2012, de la asociación *Women's Link Worldwide*, y promoviendo una imagen internacional de este órgano jurisdiccional como uno de los especialmente implicados en cuestiones de igualdad de género.

A la hora de abordar el estudio del tratamiento de la igualdad de género que ha realizado la Corte IDH, aparece con especial intensidad la relevancia de la dicotomía de la protección ofrecida por este órgano y la CIDH en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La construcción de una aproximación de género que el Tribunal americano parece haber iniciado hace unos años, no puede valorarse correctamente sin conocer la actividad que en esta materia ha realizado la CIDH y que, en la actualidad, aparece como uno de sus aspectos destacados. Es por esto, que la jurisprudencia del Tribunal se entiende e interpreta, en buena medida, interconectada con la de la CIDH, no en vano debe recordarse que es este segundo órgano en quien recae la decisión de remitir un caso determinado a la Corte IDH; a lo que se suma que es el que elabora un primer informe sobre el fondo del asunto y mantiene un papel relevante de asistencia en el proceso judicial.

Puede afirmarse que la CIDH ha incluido una perspectiva de género en diversos ámbitos en el desarrollo de su labor, lo que se concreta tanto en la evaluación de los casos individuales que le han sido presentados, como en la elaboración de informes por países o temáticos. En los casos cuyo enjuiciamiento ha abordado y que incluyen esta perspectiva, pueden encontrarse pronunciamientos relativos a la importancia de eliminar la discriminación directa, pero también algún otro que incide en elementos más complejos relacionados con la evaluación de sistemas de discriminación indirecta. Sin duda, el núcleo principal de esta actividad ha sido el relativo a la investigación y evaluación de cuestiones de violencia de género, que serán tratadas en un capítulo específico de esta obra, pero también se han desarrollado pronunciamientos sobre algunos elementos particulares como los relativos al ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de género, u otros más generales como los que se conectan con la concepción general de la igualdad de género.

Sin embargo, como ha sido señalado ampliamente por la doctrina, el principal problema en la actividad de la CIDH en relación con las cuestiones de género es el hecho de que no haya remitido habitualmente a la Corte IDH aquellos casos en los que consideró que se había producido una vulneración del principio de igualdad entre sexos<sup>2</sup>. Esta tendencia

---

<sup>2</sup> MEDINA QUIROGA (2003): 9-10, y TRAMONTANA (2011): 156.

no comenzaría a cambiarse hasta comienzos del presente siglo, de forma que, con anterioridad, los casos con una temática específica de género presentados en el Sistema Interamericano se resolvieron por acuerdo amistoso o por el informe de la CIDH. Por lo tanto, durante mucho tiempo no fue posible obtener un pronunciamiento específico del órgano jurisdiccional americano sobre cuestiones directamente relacionadas con la protección de los derechos de la mujer.

En realidad, esta problemática remite a uno de los elementos que caracterizan al Sistema Interamericano y que suscita no pocas críticas, como es la labor de filtrado que desarrolla la CIDH respecto a los casos que la Corte IDH puede abordar<sup>3</sup>. Este sistema hace que la decisión de remitir un caso a un órgano jurisdiccional, como la Corte IDH, quede a la voluntad de los Estados o en el ámbito de un órgano de caracteres gubernamentales como es la CIDH, con las consecuencias derivadas respecto a la posibilidad de que las víctimas obtengan una adecuada compensación y que pueda desarrollarse una jurisprudencia del órgano judicial en temas como el de la protección de los derechos de la mujer.

En este ámbito, un cambio de tendencia se muestra en la reforma operada en el Reglamento de la CIDH que ha tenido como objetivo limitar la discrecionalidad en la decisión de remisión de casos al órgano jurisdiccional<sup>4</sup>. En el artículo 45 del actual Reglamento de la CIDH, aprobado el 13 de noviembre de 2009 y modificado el 2 de septiembre de 2011, se señalan como causas que deberían motivar la remisión no sólo aquellas relacionadas con la necesidad de obtención de un pronunciamiento adecuado en el caso concreto, sino las que se conecten con la oportunidad de «desarrollar o aclarar la jurisprudencia en el sistema» o con «el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de

---

<sup>3</sup> Conforme al artículo 61.1 de la CADH, sólo los Estados Partes y la CIDH están facultados para llevar un caso ante la Corte IDH, de forma que este elemento estructural del sistema no puede perderse de vista a la hora de valorar los casos que pueden llegar ante el órgano jurisdiccional y ser relevantes en una temática determinada.

<sup>4</sup> Enzamaría TRAMONTANA ha destacado la relevancia que esta reforma puede tener en un incremento de remisión a la Corte IDH de casos en los que se planteen cuestiones de género, ver TRAMONTANA (2011): 157. A esto puede añadirse que, además de las cuestiones relativas específicamente a la remisión de casos a la Corte IDH, la reforma operada en 2009 incidió sobre un replanteamiento de la posición de la CIDH ante el órgano jurisdiccional con importantes repercusiones para el reforzamiento de la protección de las víctimas, en este sentido ver el análisis general desarrollado por MEDINA QUIROGA (2011) y Exposición de motivos de la reforma de Reglamento de la Corte IDH, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>.

los Estados miembros». En una materia como la igualdad de género, la labor de clarificar conceptos mediante una jurisprudencia como la de la Corte IDH aparece como especialmente relevante para su desarrollo en los ordenamientos nacionales del continente americano.

El contexto descrito define el marco en el que la Corte IDH ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la materia objeto de este estudio. Ahora bien, si es cierto que la Corte IDH no tuvo durante mucho tiempo una clara y directa oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con el género en su competencia contenciosa; sí aprovechó la ocasión de hacerlo en opiniones consultivas en 1984 y 2003, desarrollando los primeros pronunciamientos destacables de este órgano en esa materia<sup>5</sup>. A partir del cambio de tendencia de remisión de casos por la CIDH, la Corte IDH ha tenido más oportunidades para pronunciarse sobre estas cuestiones inaugurando una línea jurisprudencial con el caso Penal Miguel Castro Castro c. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, que sería desarrollada posteriormente por otros pronunciamientos<sup>6</sup>. La mayoría de las sentencias incluidas en este ámbito se refieren prioritariamente a diversas cuestiones relacionadas con la violencia de género, en torno a las cuales se han desarrollado argumentaciones relevantes para la consideración general del principio de igualdad de género y prohibición de discriminación<sup>7</sup>. En el momento actual, la decisión de la CIDH de remitir determinados casos a la Corte IDH sigue siendo crucial para que este órgano pueda abordar algunas cuestiones interesantes para el presente estudio, y esto es particularmente relevante en relación a aquellos casos que abandonen el espacio de la violencia de género e introduzcan consideraciones relacionadas con la cuestión de la utilización de acciones positivas.

---

<sup>5</sup> Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984; y Corte IDH, Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

<sup>6</sup> El juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez, en su voto particular, destacó el hecho de que este Tribunal no se había pronunciado sobre cuestiones de género con anterioridad debido a que no se le habían presentado casos en los que éste fuera un tema principal. No debe olvidarse, no obstante, que como Enzamaría Tramontana ha puesto de manifiesto la no remisión de casos de temática claramente de protección de derechos de la mujer por la CIDH, no impedía que la Corte IDH hubiera introducido una perspectiva de género en algunos casos anteriores en los que aparecía un posible tratamiento discriminatorio contra la mujer. TRAMONTANA (2011).

<sup>7</sup> En este ámbito, resulta especialmente útil la panorámica general recopilada en CIDH (2011).

A continuación analizaremos diversos pronunciamientos de la CIDH y de la Corte IDH agrupándolos según el siguiente esquema: a) los que aplican la prohibición de discriminaciones directas; b) los que se refieren de alguna manera a las discriminaciones indirectas; c) los que argumentan en base al concepto de medidas de acción positiva y d) los que enlazan alguno de estos conceptos con las discriminaciones estructurales que sufren las mujeres.

## 2. Las discriminaciones directas

El artículo 1 de la CADH va a recoger un principio de prohibición de discriminación referido al disfrute de los derechos reconocidos en el texto, lo que se completa con el artículo 24 del mismo tratado que precisa el derecho a la igualdad ante la ley. Mientras que el primero de los preceptos citados supone el reconocimiento de un derecho a la no discriminación vinculado al resto de los recogidos en la CADH, el segundo se refiere a la obligación de los Estados de tener en cuenta este derecho en todas sus actividades relacionadas con el desarrollo de su normativa interna. De esta forma, el primero de los preceptos citados va a circunscribirse a los derechos reconocidos en la CADH, mientras que el segundo supone un mandato en toda actuación del Estado, independientemente de que se vincule a un ámbito de aplicación de alguno de los derechos reconocidos en el texto internacional<sup>8</sup>. La conjunción de ambos preceptos constituye la base general que ha enmarcado la acción de la CIDH y de la Corte IDH para afirmar la prohibición de la discriminación directa por razón de sexo, es decir de las previsiones legales que contemplen un trato diferente y desfavorable en función del sexo y no se sustenten en justificaciones objetivas y proporcionadas.

La CIDH ha enfatizado reiteradamente en sus informes generales que el reconocimiento de la igualdad formal, sin ser suficiente, es una condición indispensable en la búsqueda de la igualdad entre sexos<sup>9</sup>. Este plan-

---

<sup>8</sup> Corte IDH, *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra c. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros c. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010; Corte IDH, *Atala Riffo y niñas c. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

<sup>9</sup> Asimismo en diversos informes nacionales la CIDH ha destacado situaciones de discriminación legal de la mujer y pedido a los Estados que procedieran a su corrección.

teamiento está en la base de toda la acción de la CIDH en materia de género, de forma que aparece también como argumento básico en la resolución de los casos particulares en los que este órgano ha emitido informe sobre el fondo.

Un ejemplo claro de este planteamiento lo encontramos en el asunto María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, Informe No. 4/01 de 19 de enero de 2001, en el que la CIDH se refirió a la discriminación por razón de sexo que se producía en la regulación del régimen conyugal en el Código Civil en Guatemala, en cuyo texto sólo se reconocían deberes y responsabilidades al esposo asumiendo que era el único generador de ingresos en la familia. En este caso, se señaló la vulneración de los artículos 1, 2, 17 y 24 de la CADH, debido a que la CIDH consideró que la promulgación de diferentes obligaciones, responsabilidades y derechos que se asignaban a los cónyuges, institucionalizaba el desequilibrio de género del sexo femenino y suponía una vulneración continua y directa de los derechos de las víctimas<sup>10</sup>. A este planteamiento, la CIDH sumó una importante afirmación al considerar que la prohibición de discriminación por razón de sexo hace que deba darse una especial fiscalización de aquellos casos en los que se introducen distinciones legales respecto al género, ya que tienen que ser razones especialmente relevantes las que podrán justificarlas<sup>11</sup>.

En asuntos posteriores como los referidos al caso Karen Atala e hijas c. Chile, Informe No. 139/09, de 19 de diciembre de 2009 y Gretel Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Informe No. 85/10, de 14 de julio de 2010, la CIDH ha reiterado la importancia del reconocimiento de la prohibición de la discriminación directa como elemento indispensable de una búsqueda de la igualdad. En el primer supuesto se evaluó la pérdida de la custodia de la madre de tres hijas debido a su orientación sexual; mientras que, en el segundo, se cuestionaba la Sentencia de la Sala Constitucional que prohibió en Costa Rica la fecundación *in vitro*. En ambos casos se señaló la necesidad de que la medida que incluyera un diferente

---

En este sentido, CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, 24 de abril de 1997; *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, 2 de junio de 2000; *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 de diciembre de 2003; *Informe de seguimiento: acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II.135, 7 de agosto de 2009.

<sup>10</sup> Pars. 44 y 52.

<sup>11</sup> Par. 36.

tratamiento debía fundamentarse en razones objetivas y proporcionales, para que pudiera superar una evaluación conforme a la prohibición de discriminaciones directas. En el caso Karen Atala e hijas se precisó además que en esta valoración tenían que tenerse en cuenta la pertenencia de la posible víctima a grupos que hubieran sufrido tradicionalmente una situación de discriminación.

Siguiendo el mismo planteamiento argumental, también la actividad de la Corte IDH en casos sobre igualdad de género ha estado dirigida a argumentar la importancia de la prohibición de la discriminación directa. Este órgano tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la prohibición de discriminación directa en dos opiniones consultivas, antes de que le fuera remitido un caso en el que específicamente se ocupara de esta materia en el ámbito del género, desarrollando dos pronunciamientos que siguen constituyendo un importante referente de la línea argumental que subyace en las sentencias emitidas con posterioridad.

Así, en la Opinión Consultiva relativa a la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, de 19 de enero de 1984, la Corte IDH consideró discriminatoria la diferente regulación que se incluía respecto de las mujeres extranjeras casadas con nacionales. El gobierno de Costa Rica hizo una consulta a la Corte IDH sobre la reforma constitucional planteada, que incluía un tratamiento específico para la mujer casada con costarricense y esto permitió a este órgano pronunciarse sobre las consecuencias de la aplicación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH a previsiones legales dirigidas únicamente al sexo femenino. En opinión de la Corte IDH, la previsión de acceso a la nacionalidad por matrimonio dirigida únicamente a las mujeres, era muestra de la pervivencia de estereotipos de género que debían considerarse contrarios a los preceptos de la CADH<sup>12</sup>.

A esto hay que sumar que sería de una amplia trascendencia el pronunciamiento en la Opinión Consultiva sobre la Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, en el que la Corte IDH proclamó que el principio de igualdad y no discriminación suponía una expresión del *ius cogens* internacional y sus consecuencias implicaban obligaciones *erga omnes*<sup>13</sup>. El Estado que pre-

---

<sup>12</sup> Pars. 67 y conexos.

<sup>13</sup> Pars. 101 y 109.

sentó la consulta en esta ocasión era México que, al hilo de evaluar la compatibilidad de la regulación nacional sobre derechos laborales de personas inmigrantes, cuestionó la naturaleza del principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación. Este contexto permitió a la Corte IDH realizar una evaluación de la situación del Derecho Internacional en la materia y, en consecuencia, afirmar la naturaleza de *ius cogens* y la presencia de obligaciones *erga omnes* relacionadas con la igualdad, lo que lleva a afirmar el compromiso del Tribunal en la aplicación efectiva de la prohibición de la discriminación directa.

Los presupuestos desarrollados en las dos opiniones consultivas citadas aparecen como sustrato de la jurisprudencia contenciosa que la Corte IDH desarrollaría posteriormente en materia de igualdad. La base argumental para prohibir las discriminaciones directas se ha sustanciado en la conjunción de los artículos 1.1 y 24 de la CIDH, pero sobre todo la argumentación de la Corte IDH ha tratado de delimitar las circunstancias que permiten un trato diferenciado. La idea básica desarrollada por este Tribunal es la necesidad de una evaluación caso a caso que permita distinguir si las excepciones introducidas al principio de igualdad son razonables y objetivas y si se circunscriben a la necesaria capacidad discrecional de la que gozan los Estados en el desarrollo de su legislación nacional.

Esta idea ya aparecía en la opinión consultiva de 1984, ya citada, y se reitera en sentencias en las que se valora el principio de igualdad y no discriminación como la relativa al caso Castañeda Gutman c. México, de 6 de agosto de 2008. En este asunto, se valoraba la vulneración del derecho de la víctima a un recurso efectivo y, al analizar las circunstancias del caso, la Corte IDH señaló que había que distinguir entre «distinciones» y «discriminaciones», de forma que las primeras «constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables, proporcionadas y objetivas»<sup>14</sup>. A juicio del Tribunal, la evaluación de cada caso permitiría señalar cuándo nos encontramos ante un supuesto u otro, de forma que es esta valoración concreta la que permite emitir un pronunciamiento determinado. A este planteamiento, la Corte IDH añadiría otra reflexión como es que en esta valoración del caso concreto no puede olvidarse que determinados colectivos se encuentran en situación

---

<sup>14</sup> Corte IDH, Castañeda Gutman c. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, par. 211.

de riesgo, de forma que este elemento debe condicionar la evaluación de la pertinencia del trato diferenciado<sup>15</sup>.

Un ejemplo de la aplicación de la línea argumental descrita lo encontramos en la Sentencia sobre el caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, de 24 de febrero de 2012. Como ya se ha señalado al referirse al informe de la CIDH en este asunto, el caso hacía referencia a la pérdida de la custodia de la madre de tres hijas debido a su orientación sexual. En la Sentencia de la Corte IDH puede observarse la reiteración de los planteamientos señalados, de forma que después de recordar el carácter de *ius cogens* de la prohibición de discriminación, desarrolló una evaluación del caso concreto en el que, además, se tuvieron en cuenta las especiales circunstancias de riesgo de discriminación relacionado con la orientación sexual<sup>16</sup>.

Sin embargo, quizás lo más relevante en la jurisprudencia de la Corte IDH es que ha ligado inexorablemente la prohibición de la discriminación directa a la búsqueda de una igualdad material. Así, por ejemplo, en el asunto relativo al Caso de las niñas *Yean y Bosico c. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2008, ha señalado que el derecho a la no discriminación y del tratamiento igualitario ante la ley implica la obligación del Estado de abstenerse de incluir regulaciones de carácter discriminatorio, y de eliminarlas si las hubiera, pero también de combatir las prácticas discriminatorias y de asegurar una efectiva igualdad ante la ley<sup>17</sup>.

En este caso, se cuestionaba la actitud del Estado que había negado a las víctimas la inscripción del acta de nacimiento, provocando que se encontraran en una situación continuada de vulnerabilidad agravada por el hecho de la minoría de edad. Para analizar el caso, la Corte IDH conecta la prohibición de la discriminación directa con medidas generales que tiendan a eliminar las que se producen de forma indirecta, señalando la necesidad de abordar la cuestión de una forma amplia que tenga en cuenta todos los elementos presentes en las complejas situaciones que atañen a la discriminación por razón de género<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Yatama c. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, par. 202; Corte IDH, *Pueblo Saramaka c. Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, par. 103.

<sup>16</sup> Pars 79, 110, 111 y conexos.

<sup>17</sup> Par. 141.

<sup>18</sup> J. M. BILBAO UBILLOS y Fernando REY MARTÍNEZ (2003) señalan esta misma idea cuando ponen de manifiesto «la innecesariedad [...] de la dicotomía igualdad formal-igualdad material, desde el momento que el principio de igualdad no impide toda referencia de trato, sino sólo aquella que carece de una justificación objetiva y razonable».

Puede afirmarse, por tanto que la Corte IDH ha abordado, en muchas de sus sentencias, varias o todas las dimensiones de la igualdad de manera integrada: la prohibición de discriminaciones directas, de discriminaciones indirectas y la adopción de medidas de acción positiva, incluso la lucha contra las discriminaciones estructurales; todo ello en aras de conseguir la igualdad real y efectiva. Sin embargo, aquí trataremos de examinar separadamente cada una de estas cuestiones.

### 3. Las discriminaciones indirectas

La discriminación indirecta se produce cuando la aplicación de una determinada norma o práctica aparentemente neutral produce una desventaja de un sexo respecto al otro, sin que exista justificación razonable y objetiva para ello. La aproximación a la discriminación indirecta lleva ineludiblemente a la consideración del género como categoría social superpuesta al sexo, de forma que obliga al órgano jurisdiccional a una evaluación de la situación más compleja y dinámica que la que conlleva el análisis de la prohibición de discriminación directa. Superar los conceptos de la discriminación *de iure*, supone ir más allá de la valoración específica de la norma para entrar en el análisis de un contexto socioeconómico y cultural que provoca una situación de desigualdad y este tipo de procesos resultan con frecuencia arduos para unos tribunales acostumbrados a abordar de forma unidireccional el principio de no discriminación. En este caso es necesario introducir una verdadera perspectiva de género y una metodología que introduzca los caracteres de la transversalidad, que permitan enfocar la interpretación de los derechos abordados desde un enfoque adecuado a la complejidad de la situación de discriminación<sup>19</sup>.

En la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte IDH no encontramos una argumentación clara sobre el concepto de discriminación indirecta. Podemos ver una referencia tangencial a este concepto en CIDH Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) c. Costa Rica, de 14 de julio de 2010, en el que la Comisión afirma que el examen de las normas y las políticas que debe realizar el Tribunal tiene que tener en cuenta

<sup>19</sup> CHARLESWORTH (2005).

también su posible impacto discriminatorio, aunque aparentemente parezcan neutrales<sup>20</sup>. La CIDH hace de esta forma un llamamiento a realizar un estudio de impacto de género en la labor jurisprudencial, lo que lleva a considerar el principio de prohibición de discriminación desde una óptica más sistemática y global.

En el sistema general establecido por la CADH, debe destacarse que se especifica una obligación de dar cumplimiento efectivo a los derechos reconocidos, lo que referido a la prohibición de discriminación por razón de género podría llevar al argumento de la obligatoriedad de incluir la compleja perspectiva de género en las acciones del Estado para dar cumplimiento efectivo a este principio. De la conjunción de los artículos 1 y 2 de la CADH puede extraerse la conclusión de que los Estados quedan vinculados a garantizar el pleno disfrute de los derechos reconocidos y, para ello, a adoptar «las medidas legislativas o de otro carácter» que sean necesarias<sup>21</sup>. La prohibición de la discriminación indirecta queda, de nuevo, ligada a la de la discriminación directa en aras a lograr una eficacia real de la prohibición de discriminación por razón de género.

Si repasamos algunos pronunciamientos recientes, podemos ver que la posición de la Corte IDH es la de aceptar estos planteamientos utilizando una concepción ampliamente desarrollada en el TEDH como es el concepto de obligaciones negativas y positivas de los Estados<sup>22</sup>. En el caso *Atala Riffo y niñas*, ya mencionado, la Corte IDH afirmó que los Estados no sólo tienen el deber de abstenerse de realizar acciones que puedan crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, sino que además «están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades». A juicio del tribunal, «esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situacio-

---

<sup>20</sup> Par. 141.

<sup>21</sup> La CIDH se ha pronunciado con una aproximación similar al referirse al artículo II de la Declaración Americana en el caso *Lenahan* y otros. En este caso se enjuiciaba la responsabilidad del Estado por no tomar medidas de prevención y erradicación de la violencia que hubiesen evitado los daños a las víctimas y, en este contexto, la CIDH afirmó el deber de los Estados de dar cumplimiento al artículo II. CIDH, *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros c. Estados Unidos*, Informe No. 80/11, de 21 de julio de 2011.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2014) y MOWBRAY (2004).

nes discriminatorias»<sup>23</sup>. La prohibición de discriminación indirecta debe interconectarse, por tanto, a este concepto de obligaciones positivas, conformando el comportamiento que se requiere al Estado y que supone realizar un verdadero test de género tanto de las acciones como de las abstenciones que lleve a cabo.

La misma idea, con un lenguaje incluso más equiparable al del TEDH, aparece en la Sentencia sobre el caso Furlan y familiares c. Argentina, de 31 de agosto de 2012. En este asunto, el demandante alegó los daños ocasionados por el retraso en la resolución de acciones civiles que incidían en la posibilidad de tratamiento de un menor discapacitado, incluyendo la vulneración del principio de prohibición de la discriminación. Al hilo de la argumentación en este ámbito, la Corte IDH afirmó que el derecho a la igualdad y no discriminación «abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias [...], y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados»<sup>24</sup>. De nuevo, en este caso se produce una afirmación de las obligaciones positivas de los Estados que debe condicionar el concepto mismo de lo que se delimita como prohibición de discriminación, y que abarca un examen global y complejo del contexto en el que se desarrolla la medida particular.

#### 4. Las medidas de acción positiva

La determinación de los contornos de las medidas de acción positiva supone uno de los principales debates que quedan abiertos en la jurisprudencia de los diferentes tribunales internacionales que se han ocupado de la igualdad de género. En este ámbito, la búsqueda de la igualdad material se conecta con medidas concretas que promueven un trato diferenciado favorable a quienes se encuentran en peor situación de partida, y esto ha provocado que tribunales como el TEDH y, sobre todo, el TJUE se hayan ocupado de reflexionar sobre sus presupuestos

---

<sup>23</sup> Par. 80.

<sup>24</sup> Par. 267.

y límites. Sin embargo, la cuestión de la juridicidad y oportunidad de las acciones positivas para garantizar el disfrute efectivo de la igualdad de género no ha sido abordada directamente por la Corte IDH ni tampoco por la CIDH o lo ha sido sólo de forma tangencial mediante afirmaciones de carácter general, como seguidamente veremos. El hecho de que la mayoría de los asuntos evaluados se hayan referido a cuestiones relacionadas con violencia de género explica posiblemente que ambos órganos no hayan tenido oportunidad de enfrentarse a una situación que les haya permitido desarrollar una argumentación específica en este ámbito.

Los casos relativos a la participación política de las mujeres habrían sido un interesante escenario en el que desarrollar algunos planteamientos respecto a las acciones positivas a favor de la representación de las mujeres. Ejemplo de esto es el asunto relativo a María Merciadri de Moroni c. Argentina, Informe No. 103/01 de 11 de octubre de 2001, resuelto por acuerdo amistoso. La Sra. Merciadri impugnó listas electorales debido a que no se habían incluido convenientemente el número de mujeres que exigía la normativa nacional, señalando que se habían violado los artículos 1.1 y 24 de la CADH en conjunción con el artículo 23 relativo a derechos políticos. Su argumentación resultaba favorable a la consideración de la aplicación de medidas positivas en este ámbito y la CIDH admitió el caso, considerándose competente para su evaluación. No obstante, la resolución del caso mediante un acuerdo amistoso hizo que no se pudiera proseguir el procedimiento hasta obtener un primer informe de la CIDH o, incluso, una eventual sentencia de la Corte IDH.

Conforme a lo apuntado, la cuestión de las acciones positivas es un ámbito en el que tanto la CIDH como la Corte IDH no han precisado los estándares que serían de aplicación ante un caso que tuviera que dirimirse en su competencia de análisis de demandas individuales. Esto hace que la reflexión que pueda desarrollarse en este ámbito tenga que ser necesariamente limitada, pese a lo cual pueden señalarse algunos elementos que parecen anunciar que en el futuro será posible tener algunos pronunciamientos específicos en este ámbito.

Si bien la CIDH no ha tratado la cuestión de las acciones positivas en el ámbito de asuntos contenciosos, sí lo ha hecho en su labor general de realización de informes temáticos. En su informe sobre *Considera-*

*ciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, de 13 de abril de 2000, este órgano afirmó la legalidad de la adopción de acciones positivas por los Estados para conseguir una efectiva igualdad de la mujer<sup>25</sup>. A juicio de la CIDH, las acciones positivas son acordes con el principio de no discriminación, siempre que persigan un interés legítimo y emplee medios proporcionales a los fines requeridos<sup>26</sup>. Estos estándares que han sido utilizados habitualmente por tribunales como el TJUE, son los que deben enmarcar la evaluación de la compatibilidad de una medida concreta con los derechos y principios reconocidos en el Sistema Interamericano<sup>27</sup>. La experiencia del TJUE muestra que se hace necesario un análisis caso a caso de esta compatibilidad, por lo que la CIDH habría ofrecido, de esta forma, los criterios interpretativos que deben estar en la base de esta tarea.

En un sentido similar se ha expresado la CIDH en su informe sobre *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 19 de julio de 2008<sup>28</sup>. En este ámbito, se afirma que los derechos económicos, sociales y culturales deben realizarse teniendo como base el principio de no discriminación y, en consecuencia, en la adopción de las medidas y políticas que se adopten para asegurar su cumplimiento deben identificarse los grupos especialmente vulnerables y establecerse medidas positivas respecto a estos<sup>29</sup>. De nuevo, la acción positiva aparece a juicio de la CIDH como un instrumento necesario para asegurar el disfrute de los derechos reconocidos sin que incida discriminación. Entre los sectores identificados como tradicionalmente discriminados aparecen en el texto, además de las mujeres, los pueblos indígenas y las comunidades afroamericanas, de forma que también se apunta a la compleja situación de las discriminaciones múltiples.

No quisiéramos cerrar este apartado sin incluir un último elemento de reflexión que se pone en relación, de nuevo, con las medidas de reparación decididas por la Corte IDH. Este órgano jurisdiccional suele desarrollar una interesante tarea a la hora de establecer el apartado de re-

---

<sup>25</sup> CIDH (2000).

<sup>26</sup> Capítulo V.

<sup>27</sup> GILES CARNERO (2010)

<sup>28</sup> CIDH (2008).

<sup>29</sup> Par. 53 y 55.

paraciones de sus sentencias, de forma que prevé medidas concretas que tratan de incidir en la búsqueda de una igualdad material entre sexos. En este ámbito, es interesante retener la posibilidad de que los Estados se vean avocados a decidir medidas de acción positiva para dar una correcta respuesta a los requerimientos de reparación de la Corte IDH. Cuando el tribunal se ha referido a cuestiones de estereotipos de género y a la necesidad de su eliminación, se adentra en el complejo dilema de considerar si la acción positiva, en determinadas áreas y con los estándares señalados por la CIDH, pueden convertirse en la mejor alternativa para dar cumplimiento a sus exigencias.

## 5. La lucha contra las discriminaciones estructurales

Uno de los elementos que caracterizan la aproximación de género desarrollada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido el análisis en torno a las situaciones que generaban una discriminación estructural de la mujer. Tanto la CIDH como la Corte IDH han ido más allá de la mera constatación de discriminaciones directas o indirectas. Han relacionado las vulneraciones concretas de la igualdad con una situación general de discriminación de las mujeres y han impuesto obligaciones concretas al Estado para reparar o reducir las consecuencias de estas situaciones de discriminación estructural.

Así, la CIDH ha desarrollado una interesante labor al abordar casos en los que se cuestionaba el cumplimiento del deber de protección del Estado y el acceso a la tutela judicial efectiva por parte de mujeres víctimas de violencia de género. El tratamiento de las obligaciones específicas en este ámbito será abordado en otras partes de esta obra, pero aquí interesa destacar cómo en el desarrollo de su argumentación en torno a la obligación de proteger del Estado, la CIDH refleja y asume la existencia de una situación de desigualdad de la mujer. Es precisamente esta situación de desigualdad la que va a conllevar una mayor vulnerabilidad y, en consecuencia, situaciones específicas en las que la actuación del Estado debe valorarse en un contexto general de violencia<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> CIDH, *Maria da Pena Mai Fernandes c. Brasil*, Informe No. 54/01, de 16 de abril de 2001; CIDH, *Claudia Ivette González y otras c. México*, Informe No. 28/07, de 9 de marzo de 2007; CIDH, *Valentina Rosendo Cantú y otra c. México*, Informe No. 36/09,

La Corte IDH va a seguir esta misma línea argumental, de forma que en el Caso Campo Algodonero, relativo a la situación en Ciudad Juárez, vinculó ciertas obligaciones del Estado al hecho de poder conocer una situación de riesgo para las víctimas, señalando que este riesgo procedía de un contexto general e histórico de discriminación<sup>31</sup>. Es decir, la Corte IDH conectó la violencia de género a situaciones estructurales de discriminación de la mujer, de forma que, por un lado, explicaban el desarrollo de los acontecimientos y, por otro, mostraban la responsabilidad del Estado en su deber de evitar esta situación.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha desarrollado su argumentación en torno a cómo las cuestiones de género dificultan el acceso a la justicia de las mujeres. De nuevo, en el caso Campo Algodonero, ha señalado:

«La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal [...] y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción [...] ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos [...], que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales»<sup>32</sup>.

Es decir, la situación general que incluye estereotipos de género es la que provoca una situación que supone una discriminación en el acceso a la justicia. Esta idea ha sido recogida también en otros pronunciamientos, que ponen de manifiesto que este tipo de discriminación puede unirse a otros derivados de condicionantes como pertenecer a una comunidad indígena. La Corte IDH señaló en los casos Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, ambos contra México, de 30 y 31 de agosto de 2010, las especiales dificultades de las mujeres indígenas para acceder a la justicia, lo que se ejemplifica en el uso de la lengua o en la disponibilidad de recursos económicos con los que

de 27 de marzo de 2009; CIDH, Inés Fernández Ortega y otros c. México, Informe No. 89/08, de 30 de octubre de 2008; y CIDH, Jessica Lenahan (Gonzales) y otros c. Estados Unidos, Informe No. 80/11, de 21 de julio de 2011.

<sup>31</sup> Par. 283.

<sup>32</sup> Par. 400.

acceder a asistencia legal<sup>33</sup>. Estos especiales condicionamientos llevan a que queden prácticamente desprotegidas al tratar de denunciar violaciones de derechos humanos que conllevan una perspectiva de género.

La Corte IDH no duda, por tanto, en diagnosticar situaciones generales de discriminación y señalar que su eliminación es el verdadero objetivo para lograr un ejercicio efectivo de los derechos garantizados sin que se produzca discriminación por razón de sexo. En conexión con esta idea, este Tribunal también va a incluir la perspectiva de género a la hora de diseñar las reparaciones que deben dar satisfacción a las víctimas.

Si comparamos la actividad de la Corte IDH con la de otros tribunales internacionales como el TEDH, aparece con claridad como un tribunal innovador en las cuestiones de reparación, entre las que consigue incluir un catálogo amplio de actuaciones que tratan de abordar la situación desde diferentes ámbitos. En materia de género, debe señalarse que en el caso del Penal Miguel Castro Castro, señaló una indemnización adicional a las víctimas de violencia sexual y a las mujeres embarazadas en el momento del ataque al centro penitenciario por fuerzas estatales<sup>34</sup>. No obstante, será en el caso del Campo Algodonero donde tomará en cuenta plenamente una perspectiva de género, señalando que cuando se detecte una situación estructural de discriminación de género, las reparaciones tienen que tener «una vocación transformadora de dicha situación», de tal forma que incluyen «un efecto no sólo restitutorio sino también correctivo»<sup>35</sup>.

El caso *Atala Riffo y niñas c. Chile* supone un nuevo ejemplo de esta actividad, de forma que se incluye entre los requerimientos de la Corte IDH que el Estado implemente cursos formativos para funcionarios relativos al análisis de estereotipos de género y de colectivos de gays y lesbianas, entendiendo que esta acción puede conllevar un cambio social significativo en el tratamiento de los casos relacionados con estos colectivos<sup>36</sup>. En consecuencia se van a decidir toda una serie de acciones que pretenden ir más allá de la escueta satisfacción de las víctimas e incidir en cambios de la realidad sociológica en la que se inscriben<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte IDH Rosendo Cantú y otra c. México, Sentencia 31 de agosto de 2010, par. 93 y Fernández Ortega y otros c. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, par. 78.

<sup>34</sup> Par. 433, 448-450.

<sup>35</sup> Par. 451.

<sup>36</sup> Pars. 271 y 272.

<sup>37</sup> En el mismo sentido de reparaciones se pronuncia en los casos Corte IDH Rosendo Cantú y otra c. México y Fernández Ortega y otros c. México.

## 6. Valoración

La estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos condiciona el funcionamiento de la Corte IDH al establecer a la CIDH como la principal protagonista en la decisión de transmitirle un caso determinado y como el primer órgano en emitir un informe sobre el fondo. En materia de género, esto ha imposibilitado el desarrollo de una jurisprudencia en este ámbito hasta fechas recientes, tendencia que parece haberse modificado tanto por la nueva posición de la CIDH de permitir que lleguen más casos al órgano jurisdiccional, como por la actividad de la Corte IDH, proclive a ahondar en los supuestos con implicaciones de género que le son presentados.

La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH incluye la prohibición de la discriminación directa, basándose prioritariamente en la aplicación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH. Mientras que en sus pronunciamientos consultivos el Tribunal ha señalado que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación tienen carácter de *ius cogens*, en su actividad contenciosa ha dedicado un importante esfuerzo a delimitar las condiciones en las que pueden fundarse las excepciones a estos principios. A juicio de la Corte IDH, se requiere un análisis caso por caso para poder dilucidar conforme a las concretas circunstancias cuándo puede considerarse que las excepciones al principio están basadas en criterios razonables y son objetivas. En esta valoración caso por caso, tendrá que tenerse en cuenta si la posible víctima pertenece a grupos que tradicionalmente tengan un riesgo de discriminación.

La jurisprudencia de la Corte IDH muestra una clara tendencia a asumir la interconexión entre las acciones relativas a la promoción de la igualdad formal y aquellas relacionadas con la igualdad material. La conjunción de los artículos 1.1 y 2 de la CADH llevan a la afirmación de la obligación para el Estado de asegurar el disfrute de los derechos reconocidos desarrollando tanto las medidas que eviten la discriminación directa como aquellas dirigidas a corregir las discriminaciones indirectas. La Corte IDH ha señalado que, en materia de igualdad, el Estado no sólo tiene obligaciones negativas, sino también otras positivas que conducen a que deban eliminarse los diferentes factores que pueden incidir en cualquier tipo de discriminación.

La Corte IDH desarrolla la prohibición general de discriminación a través de la determinación de situaciones de discriminación estructural y el enunciado de la responsabilidad de los Estados de su persistencia. De esta forma, asume una perspectiva de género que le lleva a evaluar situaciones sociológicas complejas y que conduce a la articulación de unos planteamientos en materia de reparaciones que van más allá del resarcimiento directo de las víctimas.

Hasta la fecha, la Corte IDH no ha desarrollado planteamientos específicos en relación a la juridicidad y oportunidad del desarrollo de medidas de acción positiva por parte de los Estados. Sin embargo, parece haberse establecido en el Sistema Interamericano una tendencia que hace posible pensar que en un futuro cercano puedan aparecer pronunciamientos favorables a la utilización de acciones positivas en el ámbito de la eliminación de las discriminaciones existentes por razón de género. La CIDH ha aceptado la oportunidad de estas medidas en sus informes temáticos y por países y los pronunciamientos de la Corte IDH en materia de reparaciones incluyen una amplia gama de actuaciones tendentes a perseguir cotas más elevadas de igualdad material.

## 7. Bibliografía

- BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTÍNEZ Fernando (2003): «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española», en M. Carbonel Sánchez, (Comp.) *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.
- FERNANDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (2014): «El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 1)» en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (3<sup>a</sup> Edición), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GILES CARNERO, Rosa M. (2010): «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en material de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva», en GILES CARNERO, Rosa M.; MORA RUIZ, Manuela; y SALDAÑA DÍAZ, M. Nieves (Coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: pers-*

*pectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*, Atelier, Barcelona, pp. 53-74.

CHARLESWORTH, Hilary (2005): «Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations», *Harvard Human Rights Journal* 18, pp. 1-18.

MEDINA QUIROGA, Cecilia (2003): «Derechos humanos de la mujer: ¿dónde estamos ahora en las Américas?», Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, disponible en: [http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Medina\\_DondeEstamos.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Medina_DondeEstamos.pdf), a mayo de 2012.

—(2011): «Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte», *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 117-126.

MOWBRAY, A.R. (2004): *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.

TRAMONTANA, Enzamaría (2011): «Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Americano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José», *Revista IIDH* 53, pp. 141-181.

## INFORMES DE LA CIDH

(1997): *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, de 24 de abril de 1997.

(2000): *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.106, de 13 de abril de 2000, disponible en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

(2000): *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, de 2 de junio de 2000.

(2003): *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 de diciembre de 2003.

(2008) CIDH en su informe sobre *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Socia-*

- les y Culturales*, de 19 de julio de 2008, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, de 19 julio, disponible en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)
- (2009): *Informe de seguimiento: acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II.135, de 7 de agosto de 2009.
- (2011): *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 60, de 3 de noviembre de 2011, disponible en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)