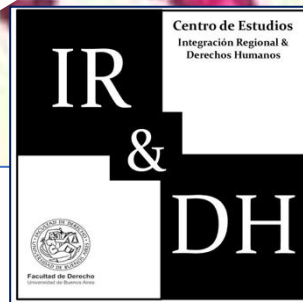


Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año XII – Nº 2 – 2º semestre 2024



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Estudios
Integración Regional & Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Año XII – N°2 – Segundo semestre 2024

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
revistairydh@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

REFLEXIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Annabella Sandri Fuentes²

Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 20 de diciembre de 2024

Resumen

La Corte IDH ha reconocido que la prohibición de la discriminación racial, definida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), es una norma *erga omnes* y de *ius cogens*, aplicable tanto a Estados como a particulares. En consecuencia, el artículo tiene como objetivo reflexionar sobre la prohibición de la discriminación racial en la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las diversas fuentes normativas aplicables. Para ello, se analizan tanto las sentencias como las opiniones consultivas, con enfoque en los casos relacionados con la discriminación racial. El texto aborda el alcance de las obligaciones generales en derechos humanos en relación con esta prohibición, su impacto sobre los derechos humanos

¹ Esta investigación y sus resultados preliminares fueron elaborados con el objeto de ser expuestos en el *IV Congreso Integración Regional & Derechos Humanos: puntos de convergencia*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Centro de Excelencia Jean Monnet, bajo el título "El control de convencionalidad que deben realizar los Estados partes de la CADH en relación con la prohibición de la discriminación racial", el 23 de abril de 2024. Asimismo, la base de investigación sobre la prohibición de la discriminación racial surge como resultado de las labores como investigadora formada en el Proyecto UBACYT *La dinámica actual de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y su proyección en otros instrumentos internacionales de derechos humanos*, 20020220400026BA, 1ro de enero 2023 al 31 diciembre 2024.

² Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (UNSAM-CIEP), Doctoranda en Derecho Internacional (Universidad de Buenos Aires); docente regular de la materia Derecho Internacional Público y docente interina de la materia Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires) Investigadora formada en diversos proyectos UBACYT, Coordinadora de la Diplomatura DESCA (CDH - Corte IDH – REDESCA). Abogada en la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, Procuración del Tesoro de la Nación, asandrifuentes@derecho.uba.ar

sustantivos y las reparaciones necesarias, como garantía de no repetición. Además, se explora la responsabilidad internacional de los Estados, considerando tanto la conducta de sus agentes como los actos de particulares. El artículo se organiza cronológicamente según la evolución jurisprudencial, abarcando tres temáticas clave: la prohibición de la discriminación racial por origen nacional, por origen étnico, y hacia las personas afrodescendientes. Finalmente, se concluye sobre el alcance de esta interpretación de la Corte IDH respecto a la prohibición de la discriminación racial y se plantean los desafíos a futuro.

Palabras clave: discriminación racial – jurisprudencia – Corte IDH – origen nacional, origen étnico – afrodescendientes

Title: REFLECTIONS ON THE PROHIBITION OF RACIAL DISCRIMINATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE IACHR COURT

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) has acknowledged that the prohibition of racial discrimination, as outlined in the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), constitutes an *erga omnes* norm of *ius cogens*, binding on both States and individuals. Accordingly, the objective of this article is to critically examine the prohibition of racial discrimination within the IACHR's jurisprudence, grounded in the interpretation of the American Convention on Human Rights (ACHR) and relevant normative frameworks. In pursuit of this goal, the analysis delves into both rulings and advisory opinions, focusing specifically on cases of racial discrimination. The article explores the extent of general human rights obligations in relation to this prohibition, its effects on substantive rights, and the reparative measures required to ensure non-repetition. Additionally, it examines the international accountability of States, considering both the actions of their agents and those of private individuals. Structured chronologically to reflect the evolution of case law, the article addresses three central themes: the prohibition of racial discrimination

based on national origin, ethnic origin, and against individuals of African descent. In conclusion, it offers insights into the IACHR's interpretation of this prohibition, highlighting existing challenges and the potential direction for future jurisprudence.

Keywords: racial discrimination – jurisprudence – IACHR Court – national origin – ethnic origin – Afro-descendants

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre la prohibición de la discriminación racial en la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), interpretada a la luz de las distintas fuentes normativas aplicables.

Para ello, se analizaron los trabajos de la Corte IDH, tanto jurisprudenciales como consultivos, en dónde la prohibición de la discriminación racial fue objeto de análisis. Debido a los resultados obtenidos, este artículo reflexiona sobre el alcance de las obligaciones generales de derechos humanos en relación con la prohibición de la discriminación racial, la posible afectación a derechos humanos sustanciales y las consecuentes reparaciones requeridas como garantía de no repetición. Asimismo, al ser la prohibición de la discriminación racial una norma *erga omnes*, el artículo examina las normas auxiliares de responsabilidad internacional del Estado, particularmente en lo atinente a la imputación de los actos por la conducta de sus agentes y, además, por el acto de particulares.

El artículo se estructura por temática y en sentido cronológico, tal como fuera trabajado por la Corte IDH. De este modo, primero, se analiza la prohibición de la discriminación racial por origen nacional, conforme las opiniones consultivas; segundo, se examina la prohibición de la discriminación racial por origen étnico, con base en diferentes antecedentes jurisprudenciales; y, tercero,

se estudia la prohibición de la discriminación racial en relación con personas afrodescendientes, conforme la más reciente jurisprudencia.

Finalmente, se concluye cuál es la interpretación convencional sobre la prohibición de la discriminación racial que ha efectuado la Corte IDH y los desafíos existentes.

II. Las fuentes jurídicas aplicables

Al ser el objetivo de estudio la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con la prohibición de la discriminación racial, dado el eventual control de convencionalidad que deben efectuar los Estados, la fuente principal de análisis es la CADH.

En el texto de la CADH, la referencia textual a la prohibición de la discriminación racial aparece en 4 oportunidades:

1. En el artículo 1.1 de la CADH, en relación con la obligación general de respetar los derechos y garantías convencionales sin discriminación por motivos de raza;
2. En el artículo 22.8 de la CADH, en relación con el derecho de circulación y residencia de los extranjeros, particularmente a no ser expulsados si su vida o libertad personal está en riesgo de violación a causa de la raza;
3. En el artículo 27.1 de la CADH, relativo a la suspensión de garantías mediante la adopción de medidas temporales, limitadas, que para ser legítimas no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza.
4. En el artículo 13.5 CADH, con sustento en la prohibición de la discriminación racial, pero también en su condena, en lo concerniente a la regulación legítima sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Allí, se dispone un límite contundente: la prohibición, por ley, de toda propaganda y apología del odio racial que constituya una incitación a la violencia.

Algunas consideraciones preliminares en relación con estos artículos convencionales. El 1.1 de la CADH se encuentra dentro del capítulo convencional de los deberes del Estado. Conlleva la obligación general de respeto y, en consecuencia, se vincula directamente con todos los derechos y garantías reconocidos en la CADH. Es decir, los Estados partes tienen la obligación de respetar el ejercicio de todos los derechos y garantías establecidos en la Convención sin discriminación racial.

Los artículos 13.5 y 22.8 de la CADH se encuentran dentro de los derechos sustanciales, pero la forma en la que están redactados estos incisos disponen además obligaciones particulares para el Estado. Primero, en relación con el deber de regular el derecho a la libertad de expresión, en situaciones excepcionales y como un límite válido dentro de una sociedad democrática, deben prohibir por ley toda propaganda del odio racial que incite a la violencia. Segundo, los Estados deben abstenerse de expulsar a un extranjero a otro territorio cuando exista un riesgo de afectación a su vida o libertades por motivos de discriminación racial. De este modo el derecho soberano de los Estados de regular quiénes residen en su territorio encuentra un límite frente al derecho humano de circulación y residencia en relación con la prohibición de la discriminación racial.

El artículo 27.1 de la CADH y suspensión de garantías se encuentra en otro capítulo convencional, vinculado con la aplicación e interpretación del tratado. De este modo, la prohibición de la discriminación racial se convierte en otros de los elementos acumulativos para que las medidas adoptadas por los Estados partes en contextos excepcionales cumplan con el test convencional de legalidad.

Antes de concluir este apartado, es necesario sumar 2 artículos de la CADH que completan el esquema legal aplicable en relación con la prohibición de la discriminación racial. Por una parte, se debe considerar la aplicación del artículo 24 de la CADH. Si bien establece la igualdad formal ante la ley, conforme los antecedentes del Sistema Interamericano, conlleva de forma implícita el principio de igualdad y no discriminación, que incluye entre sus razones la prohibición de la discriminación por motivo de la raza. Igualmente, este artículo

debe relacionarse con el deber de adoptar medidas -entre ellas, legislativas-, conforme el artículo 2 de la CADH.

Por otra parte, se debe aplicar el artículo 29.d de la CADH. En este sentido, para la interpretación de las disposiciones de la CADH se tiene que considerar la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR), perteneciente al sistema universal de protección de los derechos humanos.

En este sentido, el artículo 1 de la CEDR establece que discriminación racial implica *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico”*. Es decir, además de la discriminación con motivo de la raza como tal, discriminación en razón del color, linaje, origen nacional o étnico son algunas de las formas en las que se expresa la discriminación racial. Tal como surge del título convencional, estas son *“todas las formas de Discriminación racial”* reconocidas.

En consecuencia, quedan excluidos del concepto de discriminación racial cualquier distinción efectuada con motivo de la religión, las opiniones políticas, el sexo y la condición social. No es el objeto de esta presentación trabajar con el concepto de discriminación racial en profundidad, por ello solo se mencionará que continúa siendo objeto de estudio qué otros criterios lo conforman, tal como reflejan los trabajos de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo.

Por ejemplo, se reconoce un nexo entre discriminación racial y la gobernanza represiva de la migración; el discurso de odio y la violencia xenófoba; la relación entre las tecnologías digitales y la discriminación racial, entre otros. Igualmente, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Comité EDR), órgano de control del tratado, sí ha considerado los criterios de género y condición social al momento de analizar la interseccionalidad en los actos de discriminación racial.

Asimismo, conforme el artículo 1 de la CEDR, para que exista discriminación racial se debe tener en cuenta el resultado de la acción. En este sentido, la discriminación racial tiene como objeto efectuar una distinción que, como finalidad o resultado, *“anula o menoscabar el reconocimiento, goce o*

ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

En suma, la discriminación racial posee dos elementos: el *motivo* y la *finalidad*. De este modo, existe discriminación racial cuando la acción está sustentada en alguno de los motivos que la integran -raza, color, linaje, origen nacional, etnia-, los que operan como nexo causal con la finalidad, un impacto negativo en el ejercicio efectivo de los derechos humanos.

Asimismo, dado que la prohibición de la discriminación racial es una norma *erga omnes* que impacta tanto en la esfera pública como privada, los actos propiamente de discriminación racial pueden ser atribuibles a agentes del Estado y, también, a los particulares. Y, en ambos casos, pueden generar responsabilidad internacional del Estado.

Del artículo 2 de la CEDR surgen las obligaciones generales de los Estados partes en la condena y prohibición de la discriminación racial. En este sentido, el artículo 2.1(c) de la CEDR obliga a los Estados a adoptar medidas efectivas para la revisión de políticas, prácticas, reglamentaciones o cualquier otro acto gubernamental que tenga como consecuencia crear discriminación racial. Asimismo, el artículo 2.1(d) establece la obligación de los Estados partes de adoptar medidas, inclusive legislativas, para prohibir y hacer cesar la discriminación racial practicada por individuos -ajenos al Estado-. Es decir, en la relación entre particulares.

Incluso, la mayoría de las comunicaciones individuales resueltas por el Comité EDR se relacionan con la violación de los Estados partes del de las obligaciones generales que surgen en relación con la actuación de particulares, según el artículo del artículo 2.1(d) de la CEDR.

Para los Estados parte de la CADH, la obligación general de respeto sin discriminación racial del artículo 1.1, así como las obligaciones particulares que surgen en los restantes artículos convencionales, aplica directamente a los actos imputables a los agentes del Estado. A su vez, para los actos cometidos por particulares, aplican las normas auxiliares de responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos (PATRICK THORNBERRY, 2016, p. 191). Conforme la

jurisprudencia de la Corte IDH, los Estados partes estarán sometidos al escrutinio del deber de debida diligencia, que conlleva la obligación de adoptar medidas cuándo se conozca la existencia de un riesgo para la población en relación con el disfrute o goce de los derechos humanos convencionales.

En conclusión, para que exista discriminación racial debe combinarse el motivo, integrado por algunas de las formas de discriminación racial, y la finalidad, que conlleva las acciones de distinguir, excluir, restringir o dar preferencia, con el consecuente impacto en el efectivo goce y ejercicio de derechos humanos sustanciales. Para los Estados parte de la CADH, las obligaciones convencionales aplican en relación con el actuar de sus agentes y, por aplicación del estándar de la debida diligencia, en relación con el actuar entre particulares.

III. Los antecedentes de la Corte IDH en la condena y prohibición de la discriminación racial para el disfrute de los derechos humanos reconocidos en la CADH

La condena y prohibición de la discriminación racial aparece en los trabajos de la Corte IDH con referencia a la CEDR por aplicación del artículo 29.d de la CADH y el principio de interpretación dinámica de los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, no hay referencia alguna a la existencia de un *corpus iuris* en la materia.

Se observó que los trabajos de la Corte IDH sobre prohibición de la discriminación racial surgen, en su mayoría, como respuesta a los argumentos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los representantes de las presuntas víctimas y *amicus curiae*. Sin embargo, la referencia a los artículos del CEDR, junto con la interpretación efectuada por su órgano de control el Comité EDR, sí será una inclusión exclusiva de la Corte IDH.

Asimismo, se comprobó que los antecedentes jurisprudencia de la Corte IDH que interpretaron las obligaciones de los Estados partes de prohibir la discriminación racial se relacionan, mayoritariamente, con la discriminación por

origen étnico. Asimismo, en menor cantidad, se vinculan con el deber de los Estados de condenar la discriminación racial en relación con afrodescendientes.

Igualmente, se advirtió que existen únicamente tres trabajos desarrollados por la Corte IDH sobre la discriminación racial con motivo del origen nacional. Se trata de dos opiniones consultivas y un caso contencioso, que han cumplido entre diez y veinte años, en donde la Corte IDH determinó el estándar aplicable en la prohibición de la discriminación racial por origen nacional, en relación con trabajadores migrantes, extranjeros privados de la libertad y personas de origen haitiano.

Por consiguiente, se considera que podría existir un sesgo por parte la Corte IDH, reflejado en su jurisprudencia, al vincular las formas de discriminación racial únicamente con el origen étnico y la afro descendencia, dejando de lado otros de los modos esenciales de discriminación racial de relevancia en la región americana, tales como origen nacional, color y linaje.

A continuación, se analizan los trabajos de la Corte IDH en la determinación de la prohibición de la discriminación racial, organizados por orden cronológico y temático. Asimismo, se concluye cuál es el estándar aplicable.

III. a. La prohibición de la discriminación racial por motivo de origen nacional según la Corte IDH

La Corte IDH incluyó el análisis de las obligaciones que surgen de la CEDR en la Opinión Consultiva 16³ (1999), aunque de forma breve, en relación con las garantías del debido proceso legal y el derecho a la información sobre la asistencia consular. La referencia a la CEDR es efectuada de oficio por la Corte IDH, ya que el Estado solicitante (México) realizó la consulta en relación con el artículo 3 de la Carta de la OEA y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la Opinión Consulta 16, la Corte IDH determinó que existe “debido proceso legal” cuándo “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender

³ Corte IDH, el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso, Opinión Consultiva Nro. 16 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”, objetivo que requiere de una *adecuada defensa*. Por ello, en los contextos en los que existe una “desigualdad real” de quiénes son llevados ante la justicia, la Corte IDH reconoce, por aplicación del principio de igualdad ante la ley y los tribunales, junto con la correlativa prohibición de la discriminación racial que surge de los artículos 2.2 y 7 de la CEDR, la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales, a las que la Corte IDH llama “de compensación”, que eliminen los obstáculos de una defensa eficaz.

En consecuencia, la Corte IDH estableció que los justiciables extranjeros pueden encontrarse en una situación de desventaja real, por el origen nacional, que podría conllevar a una de las formas de discriminación racial. Cuando este escenario fáctico exista, la Corte IDH justifica el derecho a un traductor y el derecho a la información sobre la asistencia consular como una de las medidas especiales, de compensación, que los Estados deben adoptar para garantizar el ejercicio efectivo de la defensa en juicio, en igualdad de condiciones con quienes no afrontan esas desventajas, es decir los nacionales.

De este modo, para los Estados parte de la CADH, en los casos de justiciables no nacionales, ante un escenario fáctico de desigualdad, el derecho a defensa reconocido el artículo 8 de la CADH, debe interpretarse junto con las obligaciones que surgen de los artículos 2.2 y 7 de la CEDR, en el deber de adoptar *medidas especiales* (traductor, informar sobre el derecho a asistencia consular, entre otros), para que ejerzan el derecho en igualdad de condiciones que los nacionales.

La Corte IDH también determinó el estándar aplicable para prohibir la discriminación racial por origen nacional en relación con trabajadores migrantes, en la Opinión Consultiva 18⁴ (2003), sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

El contexto fáctico sobre la discriminación racial a la que suelen estar sometidos los trabajadores migrantes fue una introducción de los *amicus curiae* presentado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Asimismo,

⁴ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva Nro. 18 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

distintas Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) con presencia en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (CEJIL, CELS) introdujeron los resultados de la *Conferencia Mundial en Contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, celebrada en Durban en el año 2001. Esencialmente, indicaron que la Conferencia habría reafirmado la necesidad de eliminar la discriminación contra los trabajadores migrantes, conjuntamente con el deber de los Estados de revisar que sus leyes de inmigración, sus políticas y prácticas, estén libres de toda discriminación racial.

La inclusión de los argumentos legales la hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien indicó que existe consenso en la comunidad internacional en considerar la prohibición de la discriminación como una obligación *erga omnes* y, además, con carácter *jus cogens*. Estableció que, si bien no hay consenso en relación con “otros motivos” de discriminación, igualmente las personas en condición migratoria están protegidas por el principio de igualdad y no discriminación aplicable en el ejercicio del debido proceso establecido en el artículo 8.1 de la CADH. Además, señaló que cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1 de la CADH conlleva una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado. Igualmente, recordó que los Estados partes deben respetar lo establecido en la CADH al aplicar cualquier restricción a los extranjeros.

Sin embargo, fue la Corte IDH la que introdujo la referencia a la CEDR, convención que no fue motivo de la consulta por parte del Estado (México), como si lo fueron el PIDCyP, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH).

Primero, la Corte IDH consideró que las *obligaciones generales* de respeto y garantía de los derechos humanos surge de varios tratados internacionales de derechos humanos, incluida la CEDR. Así, determinó que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en el *preámbulo* de la CEDR. Se considera que ha sido audaz en esta

última interpretación, porque no ha sido así desarrollada por el propio órgano de control de la CEDR, el Comité EDR.

Segundo, para la Corte IDH existe un *deber universal* de respetar y garantizar los derechos humanos que emanan del principio de la igualdad y no discriminación, al estar reconocido en muchos instrumentos internacionales. En relación los elementos constitutivos del principio, estableció que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos que integran además un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos de la persona humana.

Dentro de los tratados internacionales que reconocen el principio de igualdad y no discriminación, la Corte IDH enunció el artículo 3.1 de la Carta de la OEA, el artículo 1.1 y 24 de la CADH, el artículo 2 de la CEDR, entre otros. Precisamente, el artículo 2 de la CEDR contienen las obligaciones generales propias para prohibir y condenar la discriminación racial, que conlleva la adopción de medidas particulares, positivas, e incluso especiales.

Acerca de las obligaciones que surgen del artículo 2.1(d) de la CEDR, la Corte IDH citó la resolución del Comité EDR en relación con la Comunicación Nro. 4 (1991), para confirmar la obligación de los Estados de *investigar* los actos de discriminación racial y violencia contra personas de otro color u origen étnico cometidos por particulares y en público (COMITÉ EDR, 1991).

De este modo, la Corte IDH confirmó que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos en la prohibición y condena de la discriminación racial, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. Así, para dar respuesta a lo consultado, la Corte IDH estableció que las obligaciones convencionales de respeto y garantía tienen efecto en las relaciones entre particulares, especialmente en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores sin discriminación racial.

Así, concluyó que los Estados partes de la CADH *“tiene[n] la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador- trabajador)”*. De este modo, confirmó la regla de la debida diligencia que ya fue utilizada en sus antecedentes jurisprudenciales: el Estado es responsable por el actuar de sus agentes y, también, por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia, negligencia, o *“respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación”*.

Igualmente, la Corte IDH se expidió sobre las políticas migratorias de los Estados y el deber de prohibir la discriminación racial. Confirmó que las políticas migratorias de los Estados están constituidas por leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, las que regulan esencialmente la entrada, salida y permanencia de la población en su territorio. En consecuencia, citó la Declaración y el Programa de Acción de la *Conferencia Mundial en Contra del Racismo*, para confirmar que allí ya se les había requerido a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, *“[r]evisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos.”*

En consecuencia, para la Corte IDH, de conformidad con el artículo 2 de la CADH, los Estados partes deben adoptar medidas para suprimir de sus políticas migratorias las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la CADH con motivo de discriminación racial; además de adoptar medidas en el derecho interno que hagan efectivo el ejercicio de derechos convencionales sin discriminación racial. Estas medidas necesarias que deben adoptar los Estados, para la Corte IDH, involucran a todos los órganos y los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, en relación con todos sus actos, incluyendo resoluciones y sentencias.

Precisamente, la Corte IDH indicó que el alcance de la obligación de adoptar medidas se extiende en relación con los compromisos asumidos en todos los tratados internacionales de derechos humanos aplicables a un Estado. Es decir, sí incluirían el deber de adoptar medidas conforme el artículo 2.1(c) de la CEDR, que conlleva una efectiva revisión de políticas, prácticas, reglamentaciones o cualquier otro acto gubernamental, que tenga como consecuencia crear discriminación racial.

Luego, en 2014, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*⁵, la Corte IDH analizó la compatibilidad de determinadas políticas migratorias con la CADH. El examen de la existencia de discriminación racial como contexto y en el actuar de los agentes del Estado fue motivo de prueba.

La referencia a la práctica de redadas y operativos de control migratorio basados en perfiles raciales fue introducida por la CIDH. Luego, el contexto de discriminación racial fue añadido por los representantes de las presuntas víctimas en sus escritos finales, mediante la referencia a las observaciones finales efectuadas por el Comité EDR sobre los informes periódicos de República Dominicana.

El Estado objetó estos últimos documentos como elemento probatorio, por falta de incorporación en el momento oportuno. Igualmente, argumentó que es inverosímil que exista una política migratoria orientada en perfiles raciales, puesto que la fisonomía de los haitianos coincide en altas proporciones con la de la población dominicana. Se entiende que este tipo de argumentos hoy sería muy inconveniente de plantear en una defensa, porque evidencia un sesgo en relación con la raza, dejando de lado las distintas formas de discriminación racial, y porque confirma la construcción de estereotipos de personas según los rasgos.

Por su parte, la Corte IDH rechazó el reclamo en relación con la prueba por considerar los documentos como supervinientes. Aunque, dentro de los hechos probados surgió una referencia al Comité EDR, quién reconoció que en

⁵ Corte IDH, Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282.

República Dominicana existe un racismo estructural basado en la discriminación por el color de piel y el origen nacional.

Luego, la Corte IDH efectuó un análisis sobre el estándar de protección aplicable en políticas migratorias sin discriminación racial. Así, efectuó una referencia a lo establecido en su Opinión Consultiva 18 (2003), esencialmente en la obligación general de respeto de la prohibición de la discriminación y el deber de adoptar medidas positivas para reverter cualquier práctica discriminatoria por origen nacional.

Asimismo, estableció que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones de los mecanismos de otorgamiento de nacionalidad discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de la población, con sustento en el artículo 5 de la CEDR, junto con antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos.

En sus consideraciones, además, la Corte IDH analizó la prohibición de la expulsión colectiva por origen nacional, con sustento normativo en el artículo 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio Europeo y en la Observación General No. 30 del Comité EDR, en donde los Estados parte de la CEDR.

Finalmente, confirmó que la privación de la libertad de las víctimas y su expulsión por parte de los agentes del Estado se basó en “perfiles raciales” relacionados con su aparente pertenencia al grupo de personas haitianas o dominicanas de ascendencia haitiana, en vulneración de los artículos 1.1, 7.2., 7.3, 22.1 y 22.5 de la CADH.

En consecuencia, según la Corte IDH, la obligación general de respeto de prohibición de la discriminación racial surge del artículo 1.1 de la CADH, y por discriminación racial se entiende establecido en el 1.1 CEDR. La construcción del concepto de perfil racial la tomó la Corte IDH del perito argentino Pablo Ceriani Cernada, de la audiencia pública del caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sin embargo, la sentencia de este último caso no tiene referencia alguna a perfil racial. De este modo, la Corte IDH demuestra vincular la prueba técnica legal entre los distintos casos, cuando fuera aplicable.

En suma, la Corte IDH construyó el estándar de la prueba para la discriminación racial cometida por agentes del Estado. Así, determinó que dada la dificultad de demostrar el perjuicio racial por parte de quienes son objetos de discriminación racial, en los casos de violaciones a derechos humanos por discriminación racial, la carga de la prueba recae en el Estado, quién tiene todos los medios para aclarar los hechos ocurridos dentro de su territorio.

Relacionado con el estándar de la prueba, en 2023, al resolver el caso *Olivera Fuentes Vs. Perú*⁶, en el análisis del principio de prohibición de la discriminación para el disfrute de derechos humanos, la Corte IDH reconoció que existe un estándar exigido de prueba en los casos de denuncia por uso discriminatorio de estereotipos por acto de particulares, aplicable en sede interna administrativa o judicial. Aunque el caso refería a discriminación por orientación sexual y expresión de género, para la construcción del estándar, refirió a los trabajos del CEDR. Particularmente, citó diversas comunicaciones individuales en las que el CEDR exigió que, ante una denuncia de discriminación racial imputable a particulares, los agentes del Estado interviniente deben invertir la carga de la prueba respecto de la intención discriminatoria. De este modo, una vez que el denunciante haya demostrado que existen presunciones de hecho de que ha sido víctima de discriminación racial, es el denunciado el que debe presentar prueba de la justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato.

En conclusión, la obligación general de respeto de prohibición de la discriminación racial surge del artículo 1.1 de la CADH, y por discriminación racial se entiende establecido en el 1.1 CEDR. Asimismo, las políticas migratorias de los Estados parte de la CADH deben ser revisadas con el objeto de prohibir y condenar la discriminación racial, conforme la obligación general que surge del artículo 2.2 de la CADH interpretado acorde con el artículo 2.1(c) de la CEDR. (ONU, 2023).

⁶ Corte IDH, Caso Olivera Fuentes vs Perú, Sentencia de 4 de febrero de 2023, Serie C No. 484

III. b. La prohibición de la discriminación racial por motivo de origen étnico

Los antecedentes jurisprudencia de la Corte IDH que analizaron las obligaciones de los Estados parte para prohibir la discriminación racial se relacionan, mayoritariamente, con la discriminación por origen étnico.

La referencia a discriminación racial aparece por primera vez en el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*⁷, cuya sentencia se dicta en un contexto de reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado. El argumento sobre la existencia de discriminación racial en relación con el pueblo indígena Maya fue introducido por los representantes de las presuntas víctimas, quienes indicaron que “la discriminación y racismo de los operadores de justicia hacia la población indígena y pobre, no permite o facilita la presentación de denuncias”. El Estado no respondió a la denuncia de discriminación racial en sus alegatos.

La Corte IDH indicó que el artículo 1.1 de la CADH contiene el principio de no discriminación y, a su vez, la norma *erga omnes* de prohibición de la discriminación. En relación con los miembros de los pueblos indígenas, indicó que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la CADH, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de pueblos indígenas establecido en el artículo 8.1, requiere de los Estados partes que otorguen una “protección efectiva”, removiendo cualquier obstáculo que surja de las normas o prácticas del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales.

Así, concluyó que los hechos denunciados fueron “obstáculos” para el acceso a la justicia de las víctimas. En consecuencia, al igual que el estándar establecido por el Comité EDR, determinó que la existencia de leyes no es una medida suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos sin discriminación racial.

En consecuencia, indicó que, para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, miembros de pueblos indígenas, y que la investigación se realice

⁷ Corte IDH, Caso Tiu Tojín vs Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190.

obstáculos a causa de la discriminación [racial], conforme los artículos 1.1 y 8.1 de la CADH, el Estado de Guatemala debía adoptar las siguientes medidas: (i) facilitar intérpretes; (ii) garantizar que no tengan que hacer esfuerzos despididos o exagerados; (iii) proveer del pago de una suma por concepto de gastos futuros.

Se observa que la Corte IDH no hizo referencia alguna a la CEDR. De hecho, la única reseña a la prohibición de la discriminación racial en toda la sentencia tiene como sustento los alegatos de los representantes de las presuntas víctimas, quienes tampoco introdujeron referencia al marco normativo aplicable. No obstante, el tipo de medidas requeridas por la Corte IDH para eliminar los obstáculos de acceso a la justicia sin discriminación racial se asimilan a las *medidas especiales* que surgen como obligación del artículo 2.2 de la CEDR: ante circunstancias particulares, para asegurar la protección de ciertos grupos particulares, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio de derechos humanos, los Estados parte adoptarán medidas especiales y concretas.

La segunda referencia a la existencia de discriminación racial en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentra en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*⁸ (2012), relativo a la destrucción de la comunidad maya de Río Negro y en un contexto de reconocimiento de responsabilidad parcial por parte del Estado.

La CIDH argumentó que el incumplimiento de la obligación acentuada de investigar y juzgar los actos de genocidio y racismo perpetrados contra la comunidad “*perpetúa* los efectos de la discriminación racial” a la que fueron sometidos los miembros del pueblo maya, en violación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH. En apoyo de su argumento, citó la regla que surgió de caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala*: el deber de los Estados de otorgar una protección efectiva para remover todos los obstáculos, conforme el principio de no discriminación en el acceso a la justicia. Es decir, sin indicarlo de forma expresa, la CIDH estableció que se trataría de una violación continuada.

⁸ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250.

En relación con estos argumentos, el Estado reconoció únicamente su responsabilidad parcial en relación con la falta de investigación de los hechos, pero no hizo referencia alguna a la denuncia de discriminación racial.

La Corte IDH reconoció que similar argumento fue presentado en el caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, en dónde se había probado “hechos concretos” de discriminación racial en el acceso a la justicia en razón de la pertenencia de las víctimas al pueblo indígena Maya, en violación de los artículos 1.1 y 8.1 de la CADH. Sin embargo, rechazó la consideración sobre estos argumentos porque, primero, no tenía competencia *ratione temporis* en relación con los hechos ocurridos en 1987, es decir no se trataría de una violación continuada. Segundo, porque la CIDH no había probado hechos “concretos” de discriminación racial, sino hechos generales relacionados con la falta de una investigación diligente.

En la sentencia, la Corte IDH no hizo referencia a la CEDR, sino que únicamente indicó que existe la protección contra la discriminación racial, como una obligación internacional *erga omnes*, conforme el antecedente de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, en el análisis de los artículos 5 y 6 de la CADH (prohibición de la esclavitud), en relación con los niños y niñas sustraídos de la comunidad Río Negro para trabajar en casas de agentes del Estado.

La tercera referencia jurisprudencial relacionada con la prohibición de la discriminación racial surge del caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*⁹. Los argumentos sobre la existencia de discriminación racial y violación del artículo 24 de la CADH fueron introducidos por la CIDH, particularmente la falta de investigación del patrón de discriminación racial que habría permitido la persecución del pueblo maya.

La Corte IDH rechazó el argumento por falta de precisión de “hechos concretos” de discriminación racial en el marco de las investigaciones que pudieran haber significado una afectación del acceso a la justicia, pero sí determinó la responsabilidad internacional de Guatemala por faltas a la debida

⁹ Corte IDH, Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 328.

diligencia y efectividad en la investigación de los hechos, permitiendo que continúen en la impunidad.

Por ello, dentro de las medidas reparatorias, la Corte IDH ordenó que la capacitación del personal del ejército, en todos sus niveles jerárquicos, contemple la erradicación de la discriminación racial y étnica. Asimismo, determinó que el Estado debe capacitar a los integrantes del poder judicial y ministerios públicos mediante programas que reflejen la necesidad de erradicar la discriminación racial y los estereotipos raciales.

Además, la sentencia contiene un subtítulo específico sobre el deber del Estado de adoptar medidas para fortalecer los mecanismos contra la discriminación racial, dentro de las reparaciones y como garantía de no repetición. La CIDH argumentó la necesidad de ordenar al Estado que adopte medidas efectivas como parte del deber de prevención y garantía de no repetición, especialmente para erradicar cualquier posibilidad de que persistan sentimientos de discriminación racial en la sociedad. En consecuencia, la Corte IDH ordenó que el Estado fortalezca los organismos existentes, o los que vaya a crear, con el fin de erradicar la discriminación racial, con el alcance requerido por la CIDH.

En el proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia del *Caso Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció que ambos puntos reparatorios continúan pendientes de cumplimiento. Por un lado, la capacitación a los agentes del Estado no habría aún “incorporado” las temáticas dirigidas a la erradicación de la discriminación racial y étnica, los estereotipos raciales y étnicos. Por otro lado, si bien valoró que el Estado presentara información sobre medidas que tienen un carácter estructural para erradicar la discriminación racial, determinó que la información aportada no permite evaluar de forma concreta los avances en el fortalecimiento de los organismos conforme lo requerido como garantía de no repetición.

III. c. La prohibición de la discriminación racial por motivo de origen étnico

De la jurisprudencia de la Corte IDH surgen dos antecedentes en relación con personas afrodescendientes. En estas sentencias, que datan de 2020, existe mención a la CEDR, los trabajos del Comité EDR, junto con la Conferencia de Durban y trabajos de diferentes Relatores de las Naciones Unidas.

En el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*¹⁰, la Corte IDH analizó la discriminación estructural e interseccional de mujeres y niños/as afrodescendientes trabajadores del municipio de San Antonio de Jesús. Así, reconoció que la instalación de una actividad económica riesgosa en la zona -fábrica de fuegos artificiales- está relacionado con la pobreza y marginación de la población que allí reside, la que en un 76.5% se auto percibe como afrodescendiente.

Esencialmente, la Corte IDH examinó la prohibición de la discriminación como obstáculo para el ejercicio de derecho económicos, sociales y culturales. Los actos se vinculan con el actuar de particulares, siendo el Estado internacionalmente responsable por incumplir con su deber de actuar con debida diligencia.

La Corte IDH centró su análisis en la discriminación por posición económica. Así, determinó que el principio de igualdad y no discriminación integra el dominio de normas *jus cogens*. Dispuso que la categoría “pobreza” no ingresa explícitamente en la protección del artículo 1.1 de la CADH, pero que la descripción allí contenida no es taxativa sino enunciativa, pudieron referir tal concepto a “origen social” o “condición social” dado su carácter multidimensional. Además, agregó que era una “desventaja” que estas personas pertenecieran a determinados grupos, con cita a Philip Alston, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre extrema pobreza y los derechos humanos.

Como nexo causal con la pertenencia a determinados grupos, la Corte IDH citó al Comité EDR para determinar el marco fáctico contextual. Esencialmente, la preocupación que existe por el órgano de control de tratado por la desigualdad que afecta a las comunidades negras y mestizas y por su impacto en el ejercicio de otros derechos. Particularmente, “la persistencia de

¹⁰ Corte IDH, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C No. 407.

desigualdades profundas y estructurales que afectan a las comunidades negra y mestiza y las poblaciones indígenas”.

Sin embargo, esa será la única referencia al trato que reciben determinados grupos, mujeres y niñas pobres y afrodescendientes, no existiendo análisis alguno sobre la prohibición de la discriminación racial. Tampoco existió, por parte de la Corte IDH, un análisis del alcance de los artículos 1.1, 2, 24 y 26 de la CADH en relación con los artículos 1, 2 y 5 CEDR.

En conclusión, la Corte IDH perdió la chance de vincular discriminación interseccional y racismo. Esencialmente, perdió la oportunidad de trabajar en la temática, dado que el último Informe de Brasil presentado ante el Comité EDR - en virtud del artículo 9 CEDR-, citado en la sentencia de la Corte IDH, data de 2004. De hecho, en 2022, en sus observaciones al Informe de Brasil, el Comité EDR reconoció que para determinados grupos de personas -mujeres negras e indígenas- existe un “racismo estructural” que impacta en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, le requirió al Estado que adopte medidas para erradicar la pobreza de estos grupos.

En suma, en la sentencia, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado por no adoptar medidas dirigidas a garantizar la igualdad material, condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación, que mitigaran la condición de vulnerabilidad de las víctimas, debido a los factores de discriminación interseccionales -entre ellos, la condición de afrodescendientes-, en violación de los artículos 1.1, 24 y 26 de la CADH.

Asimismo, en 2020, la Corte IDH emitió la sentencia del caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*¹¹. La sentencia contiene dentro del índice de los hechos un subtítulo sobre “contexto de discriminación racial”. De hecho, la República Argentina reconoció que existen un contexto de discriminación racial, que se materializa en las prácticas de violencia institucional -impregnada de prejuicios y estereotipos raciales-. La raíz de los prejuicios es la percepción que se tiene de la “población afrodescendiente”, existiendo un racismo estructural de larga data.

¹¹ Corte IDH, Caso Acosta Martínez y otros vs Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2020, Serie C No. 410.

Nuevamente, para determinar el contexto fáctico, la Corte IDH citó un Informe del Comité EDR en relación con Argentina, en el contexto del artículo 9 de la CEDR. Asimismo, citó el informe de 2017 del Relator Especial de ONU para formas contemporáneas de discriminación racial, en relación con Argentina (AMBA).

Asimismo, al analizar el derecho aplicable, la Corte IDH incorporó los resultados de la Conferencia de Durban sobre el deber de revisión de las prácticas de los agentes de seguridad policial, junto con la Recomendación XXXI del Comité EDR sobre el concepto de los “perfiles raciales”, como práctica en las detenciones, interrogatorios, cacheos, que ponen como eje el aspecto físico del individuo.

En consecuencia, la Corte IDH cuestionó el alcance vago de la normativa local que habilitaba las detenciones que derivan en arbitrarias, por ejemplo, estado de ebriedad. Así, determinó que la detención de Acosta, realizada en este contexto, fue una violación de los artículos 1.1, 7 y 24 de la CADH. Además, la norma en sí mismo no cumplía con los requisitos convencionales en violación del artículo 2 CADH.

Sin embargo, en su análisis final, la Corte IDH no efectuó una relación entre los artículos de la CADH y los artículos de la CEDR. Es llamativa esta omisión, especialmente cuándo, dentro de las reparaciones, la Corte IDH ordenó: (i) la creación de un mecanismo de denuncias, que registre las denuncias de las personas que aleguen haber sido víctimas de detención arbitraria, con base en perfiles raciales; (ii) la creación de un sistema de registro y estadísticas.

En suma, la sentencia se convierte en otra pérdida de chance de la Corte IDH en incorporar en el análisis convencional la prohibición de la discriminación racial que surge por la creación de perfiles raciales, trabajo que realizó el Comité EDR en su Recomendación General 36 (2020).

Tal vez la Corte IDH redima estas pérdidas de chances con el caso *Dos Santos Nascimento y Otras vs. Brasil*¹². El 26 de mayo de 2023, el presidente de

¹² Corte IDH, Caso Santos Nascimento y Otras vs Brasil, Resolución del presidente de 26 de mayo de 2023.

la Corte IDH emitió una Resolución en la que reconoció que, aunque el caso se encuentra pendiente de dictado y publicación de sentencia, era admisible la presentación probatoria efectuada por la CIDH.

En este caso, la CIDH ofreció como prueba pericial el informe de Rafaela de Oliveira Pires para que declare sobre “las obligaciones de los Estados en materia de discriminación racial”. En particular, “la obligación de debida diligencia en la investigación y sanción de casos relacionados con discriminación racial en el ámbito laboral, a la luz de la obligación de ofrecer recursos idóneos y efectivos para la protección del derecho al trabajo”. Así, la CIDH consideró que el dictamen pericial se refiere a temas de orden público interamericano. Explicó que al este ser el primer caso de discriminación racial en el ámbito laboral sometido ante la Corte; en particular, en el sector privado, le ofrecerá al Tribunal la “oportunidad de fijar estándares en la materia además de profundizar su jurisprudencia respecto de casos de discriminación racial”.

En conclusión, el caso versará sobre los obstáculos de las personas afrodescendientes en el acceso a los derechos humanos reconocidos en el artículo 26 CADH

IV. Conclusión

La Corte IDH reconoció que el concepto de discriminación racial está definido en el artículo 1 de la CEDR. Integrado por dos elementos, el motivo y la finalidad, conlleva toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en todas las formas de discriminación racial -raza, color, linaje u origen nacional o étnico-, cuyo resultado es la anulación, el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos.

La prohibición de la discriminación racial es una norma convencional *erga omnes*, con carácter de *ius cogens*. Es decir, concierne a agentes del Estado y a particulares. De este modo, el actuar de todos ellos puede generar la responsabilidad internacional del Estado, ya sea por imputación directa o por incumplimiento del deber de debida diligencia.

La CADH reconoce de forma directa la prohibición de la discriminación racial. La referencia textual se encuentra en el artículo 1.1 de la CADH,

obligación general de respeto; en el artículo 13.5, vinculado con el límite a la libertad de expresión en un sistema democrático; en el artículo 22.8 de la CADH, relacionado con el límite del Estado al regular la expulsión de extranjeros del territorio; en el artículo 27.1 de la CADH, como elemento acumulativo en relación con la suspensión de garantías. Asimismo, de forma indirecta, la CADH contempla el deber de adoptar medidas para la prohibición de la discriminación racial, conforme los artículos 2 y 24 de la CADH.

Igualmente, por aplicación del artículo 29.d de la CADH, en relación con los distintos artículos convencionales bajo su jurisdicción, la Corte IDH ha efectuado una interpretación dinámica conforme la CERD y lo determinado por el Comité EDR, su órgano de control, al momento de interpretar el alcance de la Convención.

De hecho, en la jurisprudencia de la Corte IDH existen diversos antecedentes en dónde la prohibición de discriminación racial fue objeto de análisis, los que mayoritariamente se relacionan con la discriminación por origen étnico y, en menor cantidad, con relación con origen nacional y afrodescendencia. De allí que, se podría considerar que existe un posible sesgo por parte de la Corte IDH, esencialmente al dejar de lado en sus análisis las otras formas de discriminación racial, todas ellas de relevancia para el ámbito regional de su jurisdicción.

Igualmente, se ha identificado que existió una pérdida de chance por parte de la Corte IDH de analizar la relación entre la discriminación interseccional y el racismo, o como lo determina el Comité EDR -reconocido por Estados de la región-, la existencia de un “racismo estructural” que impacta negativamente en el efectivo goce de los derechos humanos. Por ejemplo, existen solo dos sentencias en relación con personas afrodescendientes, ambas del año 2020, que no contienen una aplicación de la CADH interpretada a la luz de la CEDR.

Igualmente, existen solo tres casos vinculados con discriminación racial por origen nacional; dos de estos se vinculan con la competencia consultiva de la Corte IDH y datan de 1999 como 2003, respectivamente. Es decir, tienen más de 20 años. El tercer caso, que data de 2014, fue el primero y último antecedente

de la Corte IDH en dónde resolvió un caso contencioso bajo el análisis de la prohibición de la discriminación racial en relación con extranjeros.

Si uno analiza la especificidad del trabajo de la Corte IDH, en aplicación del artículo 29.d de la CADH en relación con la CEDR, sobre el alcance convencional de la prohibición de la discriminación racial, advierte un mayor grado de precisión y referencias en los primeros trabajos identificados (período 1999-2014), concluyendo en los años más recientes en sentencias que solo mencionan al Comité EDR para la determinación de contextos fácticos (período 2016-2020).

Por ejemplo, en la Opinión Consultiva 16 de 1999, al determinar el alcance del derecho a la información sobre la asistencia consular, de oficio la Corte IDH estableció la prohibición de la discriminación racial en relación con el debido proceso legal, particularmente relativo al ejercicio del derecho a defensa en condiciones reales de igualdad de los extranjeros. En este sentido, conforme los artículos 2, 8.1 y 24 de la CADH, en su relación con los artículos 2.2 y 7 de la CEDR, determinó que los Estados de la región deben adoptar medidas especiales para eliminar cualquier obstáculo con base en la discriminación racial -por origen nacional- para el ejercicio eficaz del derecho.

Igualmente, en la Opinión Consultiva 18 de 2003, la Corte IDH estableció el estándar aplicable para prohibir la discriminación racial por origen nacional en relación con trabajadores migrantes. Determinó que, conforme el artículo 1 y 2 de la CADH, junto con el 2.1(d) de la CEDR, los Estados deben investigar actos de discriminación racial cometido por particulares. Asimismo, conforme el artículo 2 de la CADH, los Estados deben adoptar medidas para suprimir las políticas migratorias -integradas por normas y prácticas- que impliquen una violación a la prohibición de discriminación racial en relación con trabajadores migrantes. Por consiguiente, para la Corte IDH, con cita un informe del Comité EDR, los Estados deben investigar y hacer cesar, por todos los medios apropiados -incluso legislativos-, la discriminación racial, practicada tanto por agentes del Estado como por particulares.

Hubiera sido deseable que, desde 2003 en adelante, toda su jurisprudencia tuviera una interpretación similar, que se considera es la evolutiva

y dinámica exigida por el artículo 29.d de la CADH. Es decir, la interpretación de las obligaciones generales que surgen de los artículos 1.1, junto con los artículos 1.1 y 2 de la CEDR, dada la especificidad de tratamiento que conlleva la prohibición de la discriminación racial, esencialmente cuando existe un racismo estructural, debería estar presente cada vez que las partes lo argumentan o, incluso, podría ser tratada de oficio por la Corte IDH.

Sin embargo, en relación con discriminación racial por origen nacional, tal interpretación solo aparecerá en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, de 2014, en donde la Corte IDH analizó las políticas migratorias, el otorgamiento de ciudadanía y la expulsión en contextos de discriminación racial por origen nacional. Es interesante que, entonces, utilizó otros trabajos del Comité EDR: las observaciones finales que efectuó en relación con República Dominicana conforme la presentación de informes por Estado, que fueron interpretadas como contexto fáctico; así como la Observación General No. 30, como sustento normativo para la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros.

De hecho, en el caso de 2023, en donde analizó el estándar de la prueba para la determinación de los perfiles raciales, la Corte perdió la oportunidad de hacer referencia a la Observación General 36 del año 2020 del Comité EDR sobre la prevención y lucha de los perfiles raciales.

También se observan otros sesgos en relación la CADH y la prohibición de discriminación racial por origen étnico. Por ejemplo, todos los casos vinculados con discriminación racial por origen étnico implicaron únicamente a Guatemala, vinculados con la falta de investigación o acceso a la justicia. Dentro del universo de casos contenciosos resueltos por la Corte IDH, el caso *Tiu Tojín* de 2008 es el único en donde encontró una afectación al ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia por discriminación racial. Sin embargo, se limitó a establecer que los Estados debían no interponer obstáculos al deber de respeto de los derechos humanos, conforme la CADH, sin otra mayor referencia del tipo de medidas que debía el Estado adoptar conforme la CEDR y lo determinado por el Comité EDR. Concretamente, la Corte IDH perdió la oportunidad IDH de emitir una interpretación dinámica, a la luz de la CEDR, tal

como lo hizo en sus trabajos anteriores, especialmente la Opinión Consultiva 18 de 2003.

Luego, en el caso *Comunidad de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte IDH parece escaparse muy rápido de un planteo serio presentado por la CIDH en relación con la falta de investigación de graves violaciones a los derechos humanos como una perpetuidad de la discriminación racial de un grupo étnico. Además de reforzar una carga de la prueba alta para quienes denuncias actos de discriminación racial en relación con agentes de la justicia, obvió analizar si existía una práctica del Estado en la denegación de justicia que continuaba generando discriminación racial.

Un comentario aparte merece la sentencia del caso *Miembros de la Aldea Chichupac y otros vs. Guatemala*. Allí, tanto la CIDH como los representantes argumentaron que existe un obstáculo en el acceso a derechos humanos de las víctimas con motivo de discriminación racial, en violación de los artículos 1.1, 8.1 y 24 CADH. Si bien nuevamente la Corte IDH estableció que la falta de indicación de hechos concretos y pruebas de discriminación racial imposibilitaban la determinación de una violación, sí determinó en general la violación del Estado al deber de debida diligencia en la investigación de los hechos. Aunque no mencionó en los sustentos de la violación la existencia de un patrón de discriminación racial, es llamativo que en dos de las medidas reparatorias ordenadas como garantía de no repetición haya determina la capacitación de los agentes del Estado mediante programas que reflejen la necesidad de erradicar la discriminación racial y los estereotipos raciales. De hecho, son medidas que, al menos hasta el 2021, no dio como cumplidas.

En suma, resta esperar a la jurisprudencia venidera, incluso de la identificada en curso, para establecer cómo continúa siendo la línea de aplicación de interpretación de la CADH a la luz de la CEDR y las obligaciones específicas que surgen en relación con la prohibición de la discriminación racial.

V. Bibliografía

COMITÉ EDR (1991), “L.K. vs Países Bajos”, comunicación Nro.4.

ONU (2023). Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Accesible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a78538-report-special-rapporteur-contemporary-forms-racism-racial>

PATRICK THORNBERRY (2016) The International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination: A commentary, Oxford University Press