

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Segundo Aniceto Norin Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia,
Victor Ancalaf Llaupe y otros (lonkos dirigentes y activistas del
Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile

Caso No. 12.576

Amicus Curiae

Presentado por

Minority Rights Group International

Londres, Reino Unido



24 de mayo de 2012

Introducción

1. Este escrito de *Amicus Curiae* es respetuosamente presentado por Minority Rights Group International (en adelante MRG) de acuerdo al artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. MRG es una Organización No Gubernamental que trabaja para asegurar los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas en todo el mundo y para promover la cooperación y el entendimiento entre las comunidades. MRG tiene estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ECOSOC) y está registrada como una organización de la sociedad civil ante la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA).
3. MRG respalda plenamente lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la Comisión) en lo concerniente al caso de *Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile*, tal como se establece en el Informe de Fondo No. 176/10, dentro del caso No. 12.576, transmitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte), el 7 de agosto de 2011. Sin embargo, MRG desea proporcionar comentarios adicionales en cuanto a la aplicación discriminatoria de la Ley 18.314 a los demandantes originales en este caso y a la consecuente violación de la prohibición de discriminación étnica y racial en que ha incurrido el Estado chileno.
4. Este escrito de *Amicus Curiae* subraya la naturaleza particularmente odiosa de la discriminación étnica o racial, el problema de la construcción de estereotipos y la consecuente obligación de presentar una justificación objetiva y razonable e inversión de la carga de la prueba, una vez que un caso de discriminación *prima facie* ha sido establecido. Para tratar estos temas, esta comunicación hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte Europea), así como a los criterios de otros de tribunales nacionales e internacionales y otros organismos relevantes en materia de discriminación étnica y racial.

I. Prohibición de discriminación en el derecho internacional: Aspectos generales y aplicación de leyes con efectos violatorios de derechos humanos

5. El doble principio de no discriminación e igualdad ante la ley ha sido largamente aceptado como uno de los principios básicos sobre los cuales descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.¹ El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas señala que “[l]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.”²

¹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 184; Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados, párr. 87, 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18: No discriminación, 37º período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, párr. 1.

6. El principio de no discriminación es tan fundamental que su carácter inderogable es indiscutible en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Inclusive bajo estado de emergencia, ninguna medida adoptada puede entrañar discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social³. Como ha sido señalado por la Corte Interamericana, la característica fundamental de la no discriminación y la igualdad radica en el hecho de que “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.”⁴
7. En este sentido, varios documentos emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos estipulan explícitamente la prohibición de discriminación⁵. El artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) señala lo siguiente:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁶

8. Esta provisión es reafirmada en el artículo 24 de la Convención, que enfatiza la obligación de los Estados Partes de asegurar la igualdad ante la ley. En él se señala que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”⁷ Sobre la distinción entre los derechos reconocidos por los artículos 1(1) y 24, la Corte ha señalado que:

“El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado **y a su aplicación**. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.”⁸

9. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) tiene disposiciones similares en cuanto a la no discriminación y la igualdad ante la ley. En efecto el artículo 2(1) de este instrumento señala que cada uno de los Estados Partes se ha comprometido a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o

³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29: Estados de emergencia (artículo 4), UN Doc.CCPR/C/21/Rev.21/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 8.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados, 17 de Septiembre de 2003, párr. 87.

⁵ Ver Carta de la Organización de Estados Americanos, Art. 3 (I); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. II; Protocolo Adicional a la Convención de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 3; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Art. 2 y Carta Democrática Interamericana, Art. 9.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1 (1).

⁷ *Ídem*, Art. 24.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 186. (El énfasis es nuestro).

cualquier otra condición social.”⁹ De la misma forma, de acuerdo a su artículo 26 todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación. Así, se estipula que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”¹⁰ Podemos destacar entonces la existencia de un derecho autónomo a la no discriminación recogido tanto por la Convención como por el PIDCP.

10. De manera más precisa, en lo relativo a la discriminación étnica y racial, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial define a este tipo de discriminación como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”¹¹

11. Es interesante señalar que en el marco del caso *Sejdic and Finci v Bosnia and Herzegovina*, la Corte Europea estableció la relación entre los conceptos de etnicidad y raza y definió a la discriminación basada en motivos de etnia como un tipo discriminación racial.¹² En palabras de la Corte Europea:

*“Ethnicity and race are related concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies on the basis of morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked in particular by common nationality, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds. Discrimination on account of a person’s ethnic origin is a form of racial discrimination”*¹³

12. Además, es importante para este análisis la denominada discriminación indirecta.¹⁴ Este derecho autónomo a la no discriminación abarca las acciones u omisiones que tengan un resultado o efecto discriminatorio aún cuando en su apariencia tal acción u omisión sea neutral, como es el caso de la aplicación discriminatoria de una ley general con efectos particularmente discriminatorios para un grupo específico.¹⁵ Esto ha sido reconocido en los trabajos preparatorios del PIDCP anteriormente

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículo 2(1).

¹⁰ *Ídem*, artículo 26.

¹¹ Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, Art. 1 (1).

¹² Ver Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Sejdic and Finci v Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06 and 34836/06, 22 de diciembre de 2009, párr. 44.

¹³ *Ídem*, párr. 43

¹⁴ Ver Dulitzky Ariel, Algunas reflexiones sobre una futura Convención Interamericana contra la discriminación racial y todas formas de discriminación, Sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, 29 de noviembre de 2005, OEA, Washington DC, disponible en: http://www.revistafuturos.info/futuros14/conv_c_racismo.htm

¹⁵ La definición de discriminación del Comité de Derechos Humanos de la ONU también abarca los actos en apariencia neutrales que tienen un efecto discriminatorio (Observación General No. 18, párr. 7); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que la discriminación en su forma indirecta toma lugar cuando una disposición, criterio o practica aparentemente neutral afecta de manera desproporcionada en el ejercicio de los derechos humanos a un grupo en particular, debido a su pertenencia a una de estas categorías (*Concluding Observations on the United States of America*, UN Doc. CERD/C/USA/CO/6, párr. 10); la Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa estipula que existirá discriminación indirecta cuando una disposición,

citado, donde se revela que “la expresión no se refiere a la sustancia propia de la ley, sino a las condiciones en las que la ley debería ser aplicada.”¹⁶

13. Dentro del Sistema Interamericano, el concepto de discriminación indirecta ha sido recogido por la Comisión en algunos casos. En una petición relativa a la discriminación contra la comunidad afro descendiente en Brasil se estableció que una práctica determinada “[...] tiene el efecto de constituirse en discriminación indirecta en la medida en que impide el reconocimiento del derecho de un ciudadano negro a no ser discriminado y el ejercicio o goce del derecho de ese mismo ciudadano a acceder a la justicia para que se repare la violación.”¹⁷
14. Por otra parte, la Opinión Consultiva No. 18 emitida por la Corte Interamericana estableció que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*.”¹⁸ . Esto fue reafirmado por la misma Corte en casos contenciosos como en *Yatama vs. Nicaragua*, al señalar que “el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado **y a su aplicación**.”¹⁹ .
15. La doctrina jurídica también ha hecho referencia a la llamada “discriminación en la aplicación”. Según Courtis, esta se caracteriza por “la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado: el factor puede operar consciente o inconscientemente, pero el resultado es finalmente el de la afectación o exclusión de los miembros de un grupo.”²⁰ Esto se da, por ejemplo, cuando las decisiones de un juez, o de la autoridad que decide la aplicación de una ley, tienen como resultado la aplicación consistente de dicha ley a personas indígenas sobre personas no indígenas, como efectivamente ha sucedido en el presente caso.
16. Es de especial interés para este análisis lo expuesto por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso *Zimbabwe Lawyers and Institute of Human Rights and Development in Zimbabwe v. Zimbabwe*. Ante alegaciones de los peticionarios sobre tratamiento distinto en la aplicación de una ley interna, este órgano afirmó que el principio de igualdad ante la ley significa que las leyes existentes deben ser aplicadas en la misma manera para todas las personas sujetas a ellas. En palabras de la Comisión Africana:

criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, 29 de junio de 2000, artículo 2.2)

¹⁶ *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, 10 UN GOAR, Annexes (Agenda item 28, part II), p. 61, UN Doc. A/2929, 1955.* (La traducción es nuestra, el texto original en inglés señala: ‘*The expression did not refer to the substance of the law itself, but to the conditions under which the law was to be applied.*’)

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Simone André Diniz vs Brasil*, Caso Nº 12.001, Informe Nº 66/06, 21 de octubre de 2006, párr. 87.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18, párr. 103.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama v Nicaragua*, párr. 186. (El énfasis es nuestro).

²⁰ Courtis Christian, *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, p. 4, disponible en: <http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2>

*“The most fundamental meaning of equality before the law under Article 3.1 of the Charter is the right by all to equal treatment under similar conditions. The right to equality before the law means that individuals legally within the jurisdiction of a State should expect to be treated fairly and justly within the legal system and be assured of equal treatment before the law and equal enjoyment of the rights available to all other citizens. Its meaning is the right to have the same procedures and principles applied under the same conditions. The principle that all persons are equal before the law means that **existing laws must be applied in the same manner** to those subject to them. The right to equality before the law does not refer to the content of legislation, but rather exclusively to its enforcement. It means that judges and administration officials may not act arbitrarily in enforcing laws.”²¹*

17. Como ha sido señalado por la Comisión en su Informe de Fondo para el caso *a quo*, la diferencia en el trato brindado a las presuntas víctimas se fundamentó en su pertenencia o relación con un grupo étnico determinado, el pueblo Mapuche, lo que constituye una categoría sospechosa dentro del derecho internacional de los derechos humanos y merece un nivel de escrutinio especialmente estricto con el fin de determinar la existencia de un acto discriminación étnica y racial. En los siguientes acápite, se enfatiza en cómo este tipo de discriminación resulta particularmente odiosa en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, ya que contribuye a la construcción de estereotipos y perfiles raciales.

II. Discriminación étnica y racial: naturaleza particularmente odiosa y el problema de la construcción de estereotipos y perfiles raciales

18. Como se ha señalado en los párrafos que preceden, el Estado chileno ha incurrido en un acto de discriminación racial *prima facie* en contra de algunas personas integrantes o vinculadas con el pueblo indígena Mapuche. Esto se produce por el hecho de aplicárseles una ley especial que menoscabó sus derechos dentro de un proceso penal, como resultado de una distinción basada en su pertenencia o vinculación a este grupo étnico. Como ha señalado la Comisión, el requisito principal para una aplicación no discriminatoria de la Ley antiterrorista, que es la existencia de intención “terrorista” en los actos supuestamente cometidos por los dirigentes mapuches, que no ha sido probada por el Estado con base en hechos concretos. Esta intención terrorista simplemente se ha inferido por la relación de los hechos acaecidos con el contexto del llamado “conflicto Mapuche” en que estas personas han sido ubicadas, absteniéndose así el Estado de un ejercicio de profunda reflexión sobre la existencia o no de intención terrorista en los hechos analizados.
19. Un gran número de organismos internacionales se ha pronunciado sobre este patrón de aplicación discriminatoria de la Ley antiterrorista, en el contexto de las demandas sociales y tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuches. Una muestra de la enorme gravedad de este asunto, es que ha suscitado la preocupación y recomendaciones al Estado por parte de los siguientes órganos e instituciones: Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Relator Especial de la ONU sobre las Formas contemporáneas de racismo, discriminación racial xenofobia y formas conexas de intolerancia, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité contra la Tortura, Relator Especial de la ONU sobre la protección de los derechos humanos

²¹ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso 294/04 *Zimbabwe Lawyers for Human Rights and IHRDA (on behalf of Andrew Barclay Meldrum) v. Zimbabwe*, 26 Annual Activity Report, pp. 34-53, Anexo 3, párr. 97. (El énfasis es nuestro)

en la lucha contra el terrorismo y el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos sobre el Examen Periódico Universal, entre otros.²²

20. La prohibición de la discriminación basada en motivos de raza o etnia tiene un carácter especial en el sentido de constituir una norma imperativa de derecho internacional general o de *jus cogens*, es decir una norma que no admite ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo.²³ Existen relativamente pocas normas que han sido reconocidas con este estatus. Además de las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, crímenes contra la humanidad, la prohibición de tortura y el derecho a la autodeterminación, la prohibición de discriminación racial es una de las reglas que pertenecen a esta categoría²⁴. Varias declaraciones de la ONU han confirmado que "[l]a prohibición de la discriminación racial es una norma imperativa de derecho internacional que no admite norma en contrario."²⁵
21. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha afirmado que bajo la Carta de las Naciones Unidas, Los Estados tienen la obligación de observar y respetar los derechos humanos y libertades fundamentales fuera de toda distinción de raza. La CIJ sostiene además que "establecer y aplicar distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones exclusivamente basadas en motivos de raza, color, ascendencia o origen nacional o étnico constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas."²⁶
22. La Corte Interamericana ha recogido este principio en numerosas sentencias. Tal es el caso de lo señalado en el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cuando la Corte declaró que "[e]n la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico".²⁷ Este criterio ha sido expuesto por la Corte en varios casos donde se ha tratado de forma particular la discriminación racial en contra de una comunidad o grupo específico, como base para señalar que es necesario que los Estados, en lugar de dar lugar a actos de discriminación, otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias.²⁸
23. La discriminación racial ha sido catalogada por varios organismos encargados de la supervisión del cumplimiento de los tratados de derechos humanos como una forma de discriminación particularmente odiosa. La Corte Europea, en el citado caso *Timishev v. Russia*, al catalogar a la

²² Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 176/10, notas 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203.

²³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Abierta para firma y ratificación el 23 de mayo de 1969, Art. 53.

²⁴ *International Law Commission, Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries*, 2001, UN Doc. A/56/10, p. 85.

²⁵ Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación, *Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism*, UN Doc. A/57/18, 1 de noviembre de 2002, párr. 4. (La traducción es nuestra)

²⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, *Advisory Opinion*, 21 de junio de 1971, párr. 131. (La traducción es nuestra)

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 269.

²⁸ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 63; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 178; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párr. 96.

discriminación racial como una forma particularmente odiosa de discriminación, indicó que en vista de sus peligrosas consecuencias esta requiere una especial vigilancia por parte de las autoridades y una reacción vigorosa de su parte cuando se produce. Este Tribunal estableció además que se deben utilizar todos los medios posibles para combatir el racismo y así reforzar una visión democrática de la sociedad donde la diversidad no es percibida como una amenaza sino por el contrario una fuente de enriquecimiento²⁹. Esto significa, en principio, que razones de mucho peso deberían ser esgrimidas para justificar una diferencia de trato basada únicamente en motivos de raza u origen étnico que sea compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos³⁰.

24. Sin embargo, yendo aún más allá en su análisis, la Corte Europea ha señalado que “ninguna diferencia en el tratamiento que sea basada exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona es capaz de ser objetivamente justificada en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios del pluralismo y el respeto hacia las diferentes culturas.”³¹ De esta manera, el sistema europeo establece la imposibilidad absoluta de justificación de un comportamiento discriminatorio basado únicamente en motivos étnicos o raciales. Nos referiremos nuevamente a este asunto más adelante.

La construcción de estereotipos y perfiles raciales en la lucha contra el terrorismo: una violación de la prohibición de discriminación racial

25. En su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, La Comisión Interamericana señaló que “todo uso de perfiles o recursos similares por el Estado debe cumplir estrictamente con los principios internacionales que rigen la necesidad, proporcionalidad y no discriminación y deben estar sujetos a un estricto escrutinio judicial.”³² La Comisión señaló esto en virtud del riesgo significativo de que el establecimiento de perfiles resulte discriminatorio o que pueda ser utilizado en una forma discriminatoria por parte de los Estados.
26. Si bien no existe un instrumento internacional jurídicamente vinculante que prohíba la construcción de estereotipos o de perfiles raciales de manera específica, la interpretación que indica que estas actitudes conducen a la violación del principio de no discriminación ha sido largamente aceptada, particularmente en contextos de lucha contra el terrorismo. Así, el Comité de la ONU sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha exigido a este respecto que “los Estados y organizaciones internacionales garanticen que las medidas que se adopten para luchar contra el terrorismo no discriminen, en sus propósitos **o efectos**, por razones de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico” y ha insistido en que “se debe observar en todas las esferas el principio de no discriminación, en particular, en cuestiones vinculadas a la libertad, seguridad y dignidad de la persona, la igualdad ante los tribunales y el debido proceso, así como en la cooperación internacional en cuestiones judiciales y policiales en estas esferas”.³³

²⁹ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Timishev v Russia*, párr. 56.

³⁰ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Orsus and others v Croatia*, App. No. 15766/03, 16 de marzo 2010, párr. 149.

³¹ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Timishev v Russia*, párr. 58; Caso *Sejdic and Finci v Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06 and 34836/06, 22 de diciembre de 2009, párr. 44.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, párr. 353

³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 60° Período de Sesiones, M4-22 de marzo de 2002, Declaración, ONU Doc. CERD/C/60/Misc.22/Rev.6 (8 de marzo de 2002). (El énfasis es nuestro)

27. Este organismo ha resaltado de manera consistente la obligación de los Estados partes de abstenerse de la práctica de interrogatorios, detenciones y registros que se basan únicamente en la apariencia física de una persona o su pertenencia a un determinado grupo racial o étnico.³⁴ De la misma manera, el Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo pone de relieve que las prácticas de establecimiento de perfiles terroristas son incompatibles con los derechos humanos:

“Terrorist-profiling practices that are based on ‘race’ are incompatible with human rights. Profiling based on ethnicity, national origin and/or religion involves differential treatment of comparable groups of people. Such differential treatment is only compatible with the principle of non-discrimination if it is a proportionate means of countering terrorism. Profiling practices based on ethnicity, national origin and/or religion regularly fail to meet this demanding proportionality requirement: not only are they unsuitable and ineffective means of identifying potential terrorists, but they also entail considerable negative consequences that may render these measures counterproductive in the fight against terrorism.”³⁵

28. En similar criterio, el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, ha enfatizado en la obligación de los Estados de “asegurar que las nuevas medidas antiterroristas no sean utilizadas de manera que violen los derechos humanos de los pueblos indígenas y en particular que no sean utilizadas como medio de intimidación de protestas civiles legítimas.”³⁶ De la misma manera, frente a casos de criminalización de la protesta social por las autoridades estatales, ha recomendado a los gobiernos que adopten medidas especiales para responder al desequilibrio histórico de los pueblos indígenas como causa subyacente de su discriminación en los sistemas de justicia³⁷.

29. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia³⁸ (ECRI, por sus siglas en inglés) ha definido la creación de perfiles raciales como “el uso por parte de la policía, sin una justificación objetiva y razonable, de motivos como la raza, color, lenguaje, religión, nacionalidad u origen étnico, en el control, vigilancia u otras actividades relativas al cumplimiento de la ley.”³⁹ Es de especial interés para el caso *a quo* su Recomendación General No. 8, para combatir el racismo en un contexto de lucha contra el terrorismo. En esta ocasión, se recomendó a los gobiernos de los Estados miembros asegurar que su legislación y regulaciones relacionadas con la lucha contra el terrorismo sean

³⁴ Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 21, párr. 20, UN Doc. A/60/18; Ver también Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Concluding Observations on the USA*, párr. 14, *Concluding Observations on Spain*, párr. 10, UN Doc. CERD/C/ESP/CO/18-20; *Concluding Observations on Russia*, párr. 24, UN Doc. CERD/C/62/CO/7; *Concluding Observations on Moldova*, párr. 15, UN Doc. CERD/C/60/CO/9; *Concluding Observations on Canada*, párr. 14, UN Doc. CERD/C/CAN/CO/18.

³⁵ Reporte del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, párr. 83, UN Doc. A/HRC/4/26. Ver también párr. 34, 38, 39 y 40 del mismo Reporte.

³⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Adición: Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia, párr. 32, UN Doc. E/CN.4/2004/80/Add.4, 27 enero 2004.

³⁷ *Id.*, párr. 14.

³⁸ La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia es un órgano de derechos humanos del Consejo de Europa, compuesto por expertos independientes, que supervisa los problemas del racismo, la discriminación por motivos de origen étnico, nacionalidad, color, religión e idioma, así como la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, prepara informes y emite recomendaciones a los Estados miembros.

³⁹ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *General Policy Recommendation No. 11*.

implementadas de forma que no produzcan discriminación contra las personas o grupos de personas, principalmente por motivos de raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen étnico.⁴⁰

30. De manera general, la creación de perfiles raciales o estereotipos ha sido una preocupación de los sistemas nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, debido a los grandes perjuicios que provoca no solamente a quienes sufren directamente de esta práctica sino también a la sociedad en su conjunto. Dentro del Sistema Interamericano, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afro descendientes ha reconocido que "la creación de perfiles raciales es una violación del derecho a la no discriminación, que está firmemente anclado en el derecho internacional."⁴¹
31. El Sistema Europeo de Derechos Humanos posee una amplia jurisprudencia en materia de creación de perfiles raciales y establecimiento de estereotipos. En el caso *Aksu v. Turkey*, la Gran Cámara de la Corte Europea señaló que "cualquier estereotipo negativo de un grupo, cuando alcanza cierto nivel, es capaz de impactar en el sentido de identidad del grupo y en los sentimientos de autoestima y confianza en sí mismos de sus miembros. Es en este sentido que puede ser visto como una afectación a la vida privada de los miembros del grupo."⁴² De esta manera, la falta de medidas por parte de un Estado contra la construcción de estereotipos raciales puede ser considerada, además de un acto de discriminación, como una violación al derecho contemplado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴³
32. En el marco del caso *Gillion and Quinton v. UK*, la Corte Europea tuvo la oportunidad de tratar el tema de los estereotipos al evaluar el riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes de detención y registro por parte de la policía del Reino Unido. Si bien los demandantes no eligieron basar su denuncia en el derecho a no ser discriminados en virtud del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al examinar la queja la Corte Europea reconoció el hecho de que las personas afro descendientes y asiáticas se ven desproporcionadamente afectados por estos poderes debido a los estereotipos preestablecidos, lo que constituye un acto de discriminación.⁴⁴
33. En igual sentido, en el caso *Rosalind Williams v. Spain*, se solicitó al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas determinar si los controles de identidad efectuados por autoridades sobre la base de las características físicas o étnicas violan el artículo 26 del PIDCP. Aunque el Comité reconoció que los controles de identidad para la seguridad pública o la prevención del delito sirven a un objetivo legítimo, reiteró que las características físicas o étnicas de las personas sometidas a estos controles no deben por sí mismos considerarse como un indicativo de su presencia ilegal en el

⁴⁰ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *General Policy Recommendation No. 8* (El énfasis es nuestro). Ver también *European Union Network of Independent Experts of Fundamental Rights, The balance between freedom and security in the response by the EU and its member states to the terrorist threats*, p. 52, 2002: 'the development of terrorist profiles on basis the characteristics such as nationality, age, education, birthplace, "psycho-sociological characteristics", or family situation (...) presents a major risk of discrimination.'

⁴¹ Reporte del Grupo de Trabajo sobre personas Afrodescendientes, 6^{ta} sesión., párr. 53, UN Doc. A/HRC/4/39, 9 de marzo de 2007. Ver también Reporte de la 7^{ma} sesión, párr. 116, UN Doc. A/HRC/7/36, 13 de marzo de 2008; Reporte del Grupo de Trabajo sobre personas Afro descendientes en su visita a Estados Unidos, párr. 25 y 61, UN Doc. A/HRC/15/18, 6 de agosto de 2010; Reporte del Grupo de Trabajo sobre personas Afro descendientes en su visita a Ecuador, párr. 31, 32 and 67, UN Doc. A/HRC/13/59, 6 de enero de 2010.

⁴² Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Cámara, Caso *Aksu V. Turkey*, App. No. 4149/04 y 41029/04), 15 de marzo de 2012, párr. 59

⁴³ *Ídem*, párr. 53, 54.

⁴⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Gillan and Quinton v UK*, App. No. 4158/05, párr. 85, 12 de enero de 2010.

país. Según el Comité: “actuar de otro modo no sólo afectaría negativamente a la dignidad de las personas involucradas, sino que también contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas en el público en general y sería contraria a una política eficaz encaminada a combatir la discriminación racial.”⁴⁵

34. En efecto, el establecimiento de perfiles raciales y étnicos no se limita a violar los derechos de las personas sujetas a ellos, sino que también causa impactos negativos en la sociedad en general. No sólo puede resultar en investigaciones policiales menos eficaces, sino también contribuir a afectar las relaciones entre las comunidades⁴⁶. Como se señala en un estudio de la *Open Society Justice Initiative*, el establecimiento de perfiles raciales y étnicos conduce a varias consecuencias como la pérdida de la confianza del público en los agentes encargados de la de aplicación de la ley, la reducción de la eficacia de la aplicación de la misma y aumenta la posibilidad de un conflicto u hostilidad entre las personas y los agentes de la ley⁴⁷.
35. De manera similar, se ha hecho referencia al "efecto gancho" que resulta de la aplicación de perfiles raciales o de sus consecuencias secundarias. Estas implicaciones adicionales incluyen la reducción de oportunidades de trabajo para las personas y comunidades a quienes se aplican estos perfiles, la ruptura de sus familias y comunidades, así como la interrupción de su educación. Además sobre el impacto de los perfiles raciales en la minorías étnicas Harcourt señala:

*“It may also corrode community-police relations, hampering law enforcement efforts as minority community members become less willing to report crime, to testify, and to convict. And, to make matters worse, a feedback mechanism aggravates these tendencies [...] This, in turn, accelerates the imbalance in the prison population and the growing correlation between race and criminality.”*⁴⁸

36. Para concluir este análisis, cabe mencionar el caso *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another*. Este es un importante caso de derecho interno en el Reino Unido, donde la Corte Suprema señaló que la justificación racional de la prohibición de los estereotipos reside en el hecho de que cada persona debe ser tratada por la justicia como un individuo y no como un miembro de un grupo⁴⁹.
37. Por estos y otros argumentos, el Programa de Acción de Durban estableció el llamado a los Estados para que elaboren, apliquen y hagan cumplir medidas eficaces para eliminar el fenómeno conocido como establecimiento de perfiles raciales y que “comprende la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, *Rosalind Williams v Spain*, Comm. No. 1493/2006, párr. 7.2, UN Doc. CCPR/C/96/D/1493/2006 17 de agosto de 2009.

⁴⁶ Ramirez Deborah A., Hoopes Jennifer and Lai Quinlan Tara, ‘*Defining racial profiling in a post-September 11 world*’, 40 *American Criminal Law Review* 1195, 2003.

⁴⁷ *Open Society Justice Initiative, Profiling minorities: a study of stop-and-search practise in Paris*, p. 19-20, 2009.

⁴⁸ Bernard E. Harcourt, ‘*Rethinking racial profiling: a critique of the economics, civil liberties, and constitutional literature, and of criminal profiling more generally*’, *The University Of Chicago Law Review*, Vol. 71, No. 4, 2004.

⁴⁹ UK House of Lords, *Regina v Immigration Officer at Prague Airport and another*, párr. 74, [2004] UKHL 55. Respondiendo a la cuestión sobre la actitud de los funcionarios de inmigración británicos en el aeropuerto de Praga, que asumieron que todos o la mayoría de los pasajeros que parten hacia el Reino Unido y pertenecen a la etnia Roma tienen la intención de solicitar asilo, se sostuvo: ‘[t]he individual should not be assumed to hold the characteristics which the supplier associates with the group, whether or not most members of the group do indeed have such characteristics’.

color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas.”⁵⁰

38. La discriminación étnica y racial a la que fueron sometidos los dirigentes mapuches en el presente caso, se origina y a la vez conlleva a la estigmatización de sus demandas sociales y a la creación de estereotipos en su perjuicio, que como hemos señalado, ya han sido objeto de preocupación en los organismos de protección de derechos humanos.⁵¹ La aplicación de la Ley No. 18.314, de manera selectiva contra los miembros y dirigentes del pueblo Mapuche, ha sido catalogada por la Comisión Interamericana como una práctica en contra de la noción de igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación, los dos principios fundamentales en la protección de los derechos humanos. Además, la aplicación de esta ley con base en el hecho de la pertenencia o vinculación al contexto de lucha social calificado como “conflicto Mapuche” constituye un acto deliberado que determina la construcción de estereotipos o perfiles raciales que no hacen más que causar un grave daño, no solo a las víctimas del presente caso, sino a la sociedad chilena en su conjunto.

III. Justificación objetiva y razonable e inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación

39. Como se señaló en el acápite anterior, un trato discriminatorio fundamentado únicamente en motivos de raza o etnia no podría ser justificado en una sociedad democrática. Este es el más alto estándar de protección contra este tipo de discriminación particularmente odiosa, establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos. Ahora bien, este organismo también establece que la discriminación constituye un trato diferente de las personas en una situación relevantemente similar sin una justificación objetiva y razonable⁵². El criterio “objetivo y razonable” establecido por la Corte Europea significa que para que un trato diferente no sea considerado como discriminatorio tiene que perseguir un fin legítimo y tener una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que busca realizar.⁵³
40. En su más reciente jurisprudencia al respecto, dentro del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana abordó el tema de la necesidad de una justificación en casos de discriminación. En aquella ocasión la Corte señaló que con el fin de establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y de determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación “es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales”.⁵⁴ La Corte realizó un análisis en el que determinó que para ello es necesario que en las decisiones judiciales se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad, de lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo.

⁵⁰ Programa de Acción de Durban, párr. 72, UN Doc. A/CONF.189/12, 8 de septiembre de 2001.

⁵¹ Ver *supra* párr. 19

⁵² Ver Corte Europea de Derechos Humanos: Caso *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v Belgium*, App. Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, julio de 1968, p. 31, 23; Caso *Willis v the United Kingdom*, App. No. 36042/97, 11 junio 2002, párr. 48.

⁵³ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Kiyutin v Russia*, App. No. 2700/10, 10 marzo de 2011, párr. 62.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 95

41. De igual manera, la Corte consideró en el citado caso, que no son admisibles como justificaciones objetivas y razonables las consideraciones basadas en estereotipos, es decir, en pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas. En palabras de la Corte: “Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas [...] no es adecuada para garantizar el fin legítimo”.⁵⁵
42. Siguiendo este razonamiento, y tal como lo manifestó la Comisión Interamericana en su informe de fondo, en el presente caso el Estado chileno debió aportar una justificación objetiva y razonable para la aplicación especial de la Ley antiterrorista a los dirigentes mapuches.⁵⁶ Al limitarse a explicar esta aplicación diferenciada de la ley en la simple pertenencia o vinculación de estas personas al pueblo indígena Mapuche y alegar para ello su contexto de lucha social, el Estado chileno no ha cumplido con este requisito de justificación objetiva y razonable de la adopción de la medida. Al no hacerlo, el hecho de someter a estas personas al sistema penal especial más restrictivo que el sistema penal ordinario, que se deriva de la aplicación de esta ley, se convierte en un acto de discriminación que no guarda proporcionalidad con el fin perseguido.
43. El principio general de la carga de la prueba en derecho civil ha sido definido como *affirmanti incumbit probatio*, que significa que quien alega algo tiene que probarlo. Sin embargo, en los casos en que un acto de discriminación ha sido *prima facie* establecido, la carga de la prueba debería recaer en el Estado demandado, con el fin de demostrar que no ha incurrido en tal acto de discriminación. Así, es el Estado quien debe probar de manera eficaz que no ha tratado de manera diferente a una persona o grupo de personas por alguno de los motivos prohibidos por el derecho internacional o, en los casos de discriminación indirecta, que no se ha implementado una medida aparentemente neutra que conduce a una situación de desventaja desproporcionada para tal persona o grupo de personas.⁵⁷
44. La Corte Interamericana, en el citado caso Atala Riffo, señala también que se debe analizar la justificación que hizo el Estado al efectuar diferencias en el trato de las personas dentro de un proceso judicial, ya que: “[E]n efecto, **es el Estado el que tiene la carga de la prueba** para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real”⁵⁸ y no simplemente en un estereotipo. De manera previa, la Corte ha sostenido que los tribunales internacionales de derechos humanos “disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos correspondientes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia”.⁵⁹ Este principio debería aplicarse en el caso *a quo* y conducir a la implementación de la inversión de la carga de la prueba, que como hemos señalado, debe recaer sobre el Estado chileno. En la misma línea, el artículo 11 del borrador de la Convención Interamericana contra el Racismo y Todas las formas de Discriminación e Intolerancia preparado por

⁵⁵ Ídem, párr. 111

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 176/10, párr. 187, 188.

⁵⁷ Olivier de Schutter, ‘*Methods of proof in the context of combating discrimination*’, *Proving Discrimination: The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: The Role of Specialised Bodies* (Belgian Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, 2003).

⁵⁸ Ídem, párr. 125 (El énfasis es nuestro).

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bulacio vs Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, párr. 42.

el Grupo de Trabajo establecido en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, establece que:

“Los Estados Parte se comprometen a asegurar a las víctimas del racismo, la discriminación y la intolerancia un trato equitativo, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda. Además, considerarán adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la inversión de la carga de la prueba, de tal manera que corresponda al acusado probar la adopción de procedimientos y prácticas que aseguren un tratamiento equitativo y no discriminatorio.”⁶⁰

45. La inversión de la carga de la prueba ha sido aceptada por la Comisión Interamericana. Este organismo ha declarado explícitamente que cuando una diferencia de trato se basa en una “categoría sospechosa”, como la raza, se acepta el desplazamiento de la carga de la prueba y la presunción de nulidad⁶¹.

46. Dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, la inversión en la carga de la prueba para los casos de discriminación se aprobó originalmente en la Directiva 97/80/EC, cuando se dijo que los demandantes podrían quedar privados de medios eficaces para hacer respetar el principio de igualdad de trato ante los tribunales nacionales si el efecto de presentar pruebas acerca de una aparente discriminación no eran para imponer a la parte demandada la carga de probar que su práctica no es en realidad discriminatoria. Textualmente esta Directiva señala:

*“[p]laintiffs could be deprived of any effective means of enforcing the principle of equal treatment before the national courts if the effect of introducing evidence of an apparent discrimination were not to impose upon the respondent the burden of proving that his practice is not in fact discriminatory.”*⁶²

47. Si bien la Directiva 97/80/EC está dedicada exclusivamente a casos de discriminación sexual, en el año 2000 el Consejo Europeo adoptó la Directiva 2000/43/EC para la implementación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, en la que se aprueba la inversión de la carga de la prueba para demostrar la discriminación racial o étnica. De acuerdo con el artículo 8(1) de esta Directiva:

*“[m]ember states should take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.”*⁶³

48. La inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación ha sido también aceptada en la jurisprudencia de varios órganos internacionales y regionales de derechos humanos, así como en

⁶⁰ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Borrador de Convención Interamericana contra el Racismo y Todas las formas de Discriminación e Intolerancia preparado por el Grupo de Trabajo, Art. 11.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Access to Justice for Women Victims of Violence in the Americas*, párr. 87. Ver también Demanda presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas vs. Chile (Caso 12.502), 17 de septiembre de 2010, párr. 89.

⁶² Consejo Europeo, *Council Directive 97/80/EC of on the burden of proof in cases of discrimination based on sex*, Recital 17, 15 de diciembre de 1997.

⁶³ Consejo Europeo, *Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*, Art. 8 (1), 29 de junio de 2000.

tribunales nacionales. Este concepto fue desarrollado por primera vez en casos de discriminación sexual examinados por el Tribunal Europeo de Justicia⁶⁴ antes de su adopción en otros tribunales y organismos de derechos humanos, incluida la Corte Europea de Derechos Humanos.

49. La Corte Europea ha aceptado de manera expresa la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación. Por ejemplo, en el citado caso *Timishev v. Russia* el organismo europeo de protección de los derechos humanos afirmó que "una vez que el solicitante ha demostrado que ha habido una diferencia de trato, entonces corresponde al Gobierno demandado demostrar que la diferencia de trato podría ser justificada"⁶⁵. Este principio ha sido reafirmado en casos subsecuentes.⁶⁶
50. Del mismo modo, al interior del sistema de las Naciones Unidas se ha aceptado también la importancia de la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación. En la Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: "por lo que respecta a la carga de la prueba en el caso de las demandas, cuando sean las autoridades u otro demandado quienes tengan conocimiento exclusivo de la totalidad o parte de los hechos y acontecimientos a que esta haga referencia, la carga de la prueba recaerá en las autoridades o el otro demandado, respectivamente."⁶⁷ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha manifestado una posición similar en algunas de sus Recomendaciones Generales, así como en sus observaciones finales sobre varios países⁶⁸. En el caso de Australia, por ejemplo, el CERD recomendó al gobierno enmendar el *Racial Discrimination Act* de manera que se pueda "exigir al denunciante probar la discriminación *prima facie*, momento en el que la carga de la prueba se desplaza a la parte demandada, quien debe demostrar que no existe discriminación."⁶⁹ En el informe del Seminario de expertos sobre los recursos disponibles para las víctimas de la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia y sobre las buenas prácticas nacionales en este ámbito, también se ha acordado que "[e]n las denuncias de discriminación racial, la carga de la prueba debe recaer en el demandado para refutar la denuncia hecha por la víctima de racismo".⁷⁰
51. Finalmente, cabe señalar que los Estados están también en la obligación de adoptar medidas en contra de las prácticas discriminatorias. En su sentencia sobre el caso Mapiripán vs. Colombia, la Corte Interamericana estableció que "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, así como a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y

⁶⁴ Ver Tribunal Europeo de Justicia, Casos 170/84, *Bilka-Kaufhaus* [1986] ECR 1607; 109/88, *Danfoss* [1989] ECR 3199; 127/92, *Enderby* [1993] ECR 5535 and C-400/93, *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275.

⁶⁵ Corte Europea de Derechos Humanos *Timishev v. Russia*, párr. 57

⁶⁶ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Chassagnou and Others v. France*, App. No. 25088/94, 28331/95 y 28443/95; párr. 92; caso *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06 and 34836/06, 22 de diciembre de 2009, párr. 33.

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 20, párr. 40.


⁶⁸ Ver *Ibid.*, *General Recommendation on discrimination against non citizens*, párr. 24.

⁶⁹ *Ibid.*, *Concluding Observations on Australia*, UN Doc. CERD/C/AUS/CO/15-17, párr. 25. (La traducción es nuestra).

⁷⁰ Seminario de expertos sobre los recursos disponibles para las víctimas de la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia, *Preparatory Committee, Report of the expert seminar on remedies available to the victims*, párr. 49, UN Doc. A/CONF.189/PC.1/8. Ver también *Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, párr. 17, UN Doc. A/55/304.

prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”⁷¹

52. Es crucial en el presente caso recordar que la aplicación de la Ley antiterrorista o Ley No. 18.314 ha sido motivo de preocupación de un enorme número de organismos e instituciones internacionales encargados de vigilar el cumplimiento de los derechos humanos, al enmarcarse en un proceso de creación de estereotipos y estigmatización de la protesta social del pueblo Mapuche.⁷² Esta aplicación ya ha sido calificada como discriminatoria *prima facie* por la Comisión Interamericana en su Informe de fondo, al señalar que la cualificación de “terrorista” de los supuestos actos de violencia cometidos por los dirigentes mapuches no cuenta con ninguna justificación objetiva y razonable, tal como demanda el derecho internacional de los derechos humanos para la aplicación de una medida de trato diferenciado entre las personas o los grupos de personas, sino que se basa en inferencias basadas en categorías sospechosas. No solamente el Estado chileno ha incumplido con este principio, sino que ha incumplido la obligación de adoptar medidas positivas para luchar contra la existente situación de discriminación y configuración de estereotipos que afecta al pueblo indígena Mapuche.⁷³
53. En conclusión, el Estado chileno tiene la obligación de probar ante esta Corte que existe alguna justificación objetiva y razonable para la aplicación especial de la Ley No. 18.314 que no sea únicamente la pertenencia o vinculación de las víctimas al pueblo Mapuche, ya que de no hacerlo, este hecho se constituiría un acto discriminatorio que acarrearía su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos. La falta de pruebas sobre la existencia de esta justificación debería llevar a la conclusión de que el Estado chileno ha violado del artículo 24 en relación al artículo 1(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de los demandantes en el presente caso.



Carla Clarke
Head of Law
Minority Rights Group International
carla.clarke@mrgmail.com
+44 20 7422 4223

Con la colaboración de:
Answer Styannes
Javier Dávalos

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 178.

⁷² Ver *supra* párr. 19

⁷³ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Aksu V. Turkey*, *supra* nota al pie 42 y 43.