

El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*

Anne F. Bayefsky**

Introducción

- (1) Dimensiones Estructurales
 - (a) Autónoma o Subordinada
 - (b) Abierta o Restringida
- (2) Intención Discriminatoria
- (3) Fijación del Límite entre Distinciones Justificadas e Injustificadas
 - (a) Trato Idéntico
 - (b) Legitimidad de Fines y Proporcionalidad entre Medios y Fines
 - (c) Categorías Sospechosas Internacionales
- (4) Acción Afirmativa
 - (a) "Medidas Especiales de Protección"
 - (i) Relación entre no discriminación y "medidas especiales de protección"
 - (ii) ¿Qué es una "medida especial" coherente con la no discriminación?
 - (b) ¿Son Obligatorias las "Medidas Especiales" o las Acciones Positivas del Estado?
 - (i) Medidas especiales
 - (ii) Acción positiva del estado

Conclusiones

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de *Human Rights Law Journal*, N.P. Engel Verlag.

** La Profesora Anne F. Bayefsky, Facultad de Derecho, Sección Derecho Común, Universidad de Ottawa, reconoce con gratitud la asistencia brindada por el Consejo de Investigación de Ciencias Sociales y Humanidades de Canadá en la preparación de esta ponencia.

INTRODUCCIÓN

La igualdad o no discriminación¹ es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La proliferación de variaciones de las normas de igualdad, comenzando con la Declaración Universal de Derechos Humanos², siguió el Holocausto y el asesinato de seis millones de judíos, incluyendo un millón de niños. En los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad. Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno.

Aunque la igualdad o no discriminación es un tema dominante y recurrente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la norma no está contemplada en la totalidad de las diversas fuentes del derecho internacional de manera única y unificada. No obstante, el tema del derecho internacional y la norma de igualdad o no discriminación se pueden abordar en términos de los problemas que plantea su definición, para los cuales el material jurídico

1 En mi opinión, la igualdad y la no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio. (Respecto de opiniones similares, véase: J.F.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1969), pág. 239; B.G. Ramcharan, Louis Henkin, editores, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (1981), pág. 252; Warwick A., McKean, *Equality and Discrimination under International Law* (1983), pág. 288; Y. Dinstein, “Discrimination and International Human Rights”, 15 *Israel Yearbook of Human Rights* (1985) II, pág. 11.

Sólo cuatro tratados sobre derechos humanos contienen definiciones de “discriminación” (véase *infra*). Estas definiciones tienden a usar “igualdad”, o al menos “igualdad de trato”, como término intercambiable con “no discriminación”. Los dos Convenios de la OIT definen la discriminación en términos de igualdad y viceversa. La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer definen la discriminación en términos de tener una misma base con respecto al goce de derechos y libertades.

Además, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Igualdad de Remuneración (No. 100) 165 UNTS 303 (1953) define igualdad de remuneraciones en el artículo 1(b) como: “La expresión ‘igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor’ designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

Este uso de los términos discriminación e igualdad de trato en el derecho internacional está avalado por la interpretación por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1955) 213 UNTS 222. El artículo 14 establece que los derechos y libertades contemplados en la Convención han de ser asegurados “sin distinción alguna”, sin embargo, se ha definido como que la “igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable”. (Caso “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” (Fondo), 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 10.)

Véase también “Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica” [Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización], Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 19 de enero de 1984. La opinión separada del Juez R.E. Piza Escalante, 5 *Human Rights Law Journal*, 161, pág. 183 (1981) (párrafo 10) señala: “...parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad...”

2 Res. A.G. 217 A(III), Doc. ONU A/810 en 71 (10 de diciembre de 1948).

internacional ofrece soluciones útiles. Si bien estos elementos definitorios legítimamente no se pueden exhibir juntos como el significado único de todas las disposiciones de igualdad en el derecho internacional y ni siquiera como un significado derivado de una única fuente internacional, los elementos en sí constituyen temas consistentes en la jurisprudencia internacional existente.

En cuanto a una definición de igualdad, el derecho internacional se ha centrado especialmente en cuatro áreas de importancia: (1) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; (2) el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; (3) la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y (4) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación. Analizaré cada una de estas áreas por turno.

(1) Dimensiones Estructurales

Un derecho de igualdad o disposición de no discriminación tiene dos dimensiones estructurales que afectarán sus capacidades sustantivas.

(a) Autónoma o Subordinada

La primera se refiere a si la disposición es autónoma o subordinada. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, por ejemplo, es claramente una norma de igualdad autónoma o autosustentada. En parte establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de...”

La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto.

Esta interpretación del artículo 26 se confirma en un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación. En él se establece que:

“...el artículo 26... establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por

³ Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR, Supp. (Nº 16) 52. Doc. ONU A 63(6) (1966). El artículo 26 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, 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”.

que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”⁴.

Este resultado también ha sido aplicado en comunicaciones individuales como *Broeks vs. los Países Bajos*⁵. En el caso mencionado, el Comité constató una violación al artículo 26 porque a las mujeres se les negaban beneficios de seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres, no obstante el hecho de que el Pacto no exige a ningún Estado promulgar legislación para ofrecer seguridad social⁶.

Por otra parte, el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁹ y el artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ constituyen normas de igualdad subordinadas: prohíben la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere que una cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse de la siguiente manera: debe leerse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades¹¹. Por lo tanto, a pesar de que la cláusula subordinada no tiene existencia independiente, complementa las demás disposiciones normativas. Una medida que

⁴ CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 1. Aprobado por el Comité de Derechos Humanos en virtud del artículo 40(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la reunión del 21 de noviembre de 1989. Aparecerá en el Informe Anual A45/40 de próxima publicación. El Comité está autorizado para formular Comentarios Generales por el artículo 40(4) del Pacto y así lo ha hecho desde 1981.

⁵ Comunicación N° 172/1984. A42/40 (1987), pág. 160.

⁶ *Ibid.*, párrafos 12.4, 15.

⁷ El artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *supra*, nota al pie N° 3, establece:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete 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 presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁸ El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, *supra*, nota al pie N° 1, establece:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁹ El artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, *supra*, nota al pie N° 1, establece:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación”.

¹⁰ El artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño (A/Res/44/25), adoptada el 20 de noviembre de 1989, establece:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

¹¹ Caso “Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Language in Education in Belgium” (Fondo), *supra*, nota al pie N° 1.

en sí guarda conformidad con las exigencias de una disposición que consagre un derecho o libertad dado, pero que por su naturaleza sea discriminatoria, violará las dos disposiciones consideradas en su conjunto¹².

(b) Abierta o Restringida

La segunda dimensión estructural de una norma de igualdad o no discriminación que afectará su alcance se refiere a si la norma es abierta o restringida. En la Carta de Naciones Unidas¹³, por ejemplo, los derechos humanos y libertades fundamentales deben respetarse sin distinción en cuanto a un número limitado de motivos establecidos: raza, sexo, idioma y religión¹⁴. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵, los derechos enunciados se ejercerán sin discriminación en lo que se refiere a una lista, también fija pero bastante más amplia, de motivos establecidos. En instrumentos internacionales más recientes, tales como la Convención de los Derechos del Niño, las listas establecidas de motivos se han ampliado aún más¹⁶. Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷ y la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁸ prohíben la discriminación sobre la base de un número de motivos claramente abierto o indefinido. La Declaración Universal emplea las palabras “sin distinción alguna...”¹⁹. La Convención Europea establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, *tales como...*”²⁰. Las versiones francesas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos emplean “notamment” en lugar de “tales como”.

Una disposición de igualdad o no discriminación que es abierta o indeterminada en cuanto a los posibles motivos de la discriminación que afectará el derecho conlleva un resultado interpretativo particularmente significativo. Determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación *jamás* implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria. Cada distinción, de cualquier tipo, invocará el principio de igualdad o no discriminación. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido considerado por la Comisión Europea de Derechos

¹² *Marckx vs. Bélgica*, 13 de junio de 1978, Volumen 31, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 32; *Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1987, Volumen 126, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 36. “...el artículo 14 complementa las otras disposiciones sustantivas de la Convención y de sus Protocolos. No tiene existencia independiente, puesto que tiene efecto exclusivamente en relación con los ‘derechos y libertades’ resguardados por tales disposiciones. Si bien la aplicación del Art. 14 no presupone una violación de una o más de tales disposiciones - y en esa medida es autónomo - no hay cabida para su aplicación salvo que los hechos de la causa caigan dentro del ámbito de uno o más de éstos últimos.” [traducción libre]

¹³ 59 Stat. 1031, T.S., N° 993.

¹⁴ *Ibid.*, artículos 1(3), 13(1)(b), 55(c) y 76(c).

¹⁵ Artículo 2(2); Res. A.G. 220(XXI), 21 GAOR. sup. (N° 16) 49, Doc. ONU A6316 (16 de diciembre de 1966). El artículo 2(2) establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁶ El artículo 2(1) incluye, por ejemplo, el origen étnico y la discapacidad. *Supra*, nota al pie N° 10.

¹⁷ Artículo 2, *supra*, nota al pie N° 2.

¹⁸ Artículo 14, *supra*, nota al pie N° 9.

¹⁹ Artículo 2, *supra*, nota al pie N° 8.

²⁰ Artículo 14, *supra*, nota al pie N° 9. Cursiva agregada para dar énfasis.

Humanos en el contexto de las siguientes distinciones, ninguna de las cuales está expresamente contemplada en el artículo 14: la profesión legal y otras profesiones; personal militar, con y sin grado; madres solteras y casadas; miembros de sindicatos en huelga y no en huelga; personas que desarrollan actividades laborales independientes y trabajadores asalariados; súbditos británicos que residen en el exterior y súbditos británicos que residen en el exterior en el desempeño de funciones diplomáticas; y condenados encarcelados y condenados que gozan de libertad. En el caso de *Rasmussen vs. Dinamarca*²¹, la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que ni siquiera era necesario individualizar el motivo específico de la distinción involucrada. En las palabras de la propia Corte:

“... en consecuencia, para los efectos del artículo 14, la Corte estima que entre el Sr. Rasmussen y su ex-mujer hubo diferencia de trato en lo que respecta a la posibilidad de instituir un procedimiento para impugnar la paternidad del primero. No hay necesidad de establecer el motivo en el que se basó esta diferencia, puesto que la lista de motivos contemplada en el artículo 14 no es exhaustiva”²².

Si se hace una distinción de cualquier tipo, el derecho se ve comprometido y la cuestión de si éste ha sido o no violado excluye materias tales como si “sexo” incluye orientación sexual o embarazo, o si “origen nacional” incluye nacionalidad o ciudadanía.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, también emplea el lenguaje: “En este sentido, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de.... nacimiento o cualquier otra condición social”²³. Esto sugiere que el Pacto debe interpretarse de manera similar a la Convención Europea. En efecto, se ha presentado una comunicación individual ante el Comité de Derechos Humanos que apoya esta conclusión. En *Blom vs. Suecia*²⁴, el Comité estableció que era admisible una comunicación en la cual se había hecho una distinción entre asistencia y subsidio estatal a escuelas públicas en contraposición a escuelas privadas. Aunque el Comité concluyó que no se había probado la existencia de una violación al artículo 26, su conclusión no se fundamentó en la inaplicabilidad del artículo 26 a los hechos del caso, a pesar de que este motivo de distinción no se encuentra enumerado en el artículo 26 ni tampoco puede clasificarse dentro del sentido obvio de “otra condición social”.

No obstante, otras comunicaciones individuales sugieren que el Comité no pretende interpretar el Pacto en el mismo sentido que la Corte y Comisión Europea interpretan el lenguaje similar de la Convención Europea. En el caso *Gueye vs. Francia*²⁵ se hizo una distinción entre soldados en retiro de nacionalidad senegalesa y soldados en retiro de nacionalidad francesa. El Comité estableció la existencia de una violación al artículo 26 y señaló al respecto:

“...la nacionalidad propiamente dicha no figura entre los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 26... De conformidad

²¹ 28 de noviembre de 1981. Vol. 87, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos (1985).

²² *Ibid*, párrafo 34 [traducción libre].

²³ *Supra*, nota al pie N° 3.

²⁴ Comunicación N° 191/1985. A/43/40. (1988), pág. 211.

²⁵ Comunicación N° 196/1985. A/44/40. (1989), pág. 189.

con el artículo 26 se prohibirá la discriminación, respecto de la igualdad ante la ley, 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. En cuanto a la nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del artículo 26²⁶.

El esfuerzo del Comité por hacer calzar el motivo de la distinción mencionada dentro del término “otra condición social” sugiere que habrá una limitación a los motivos cubiertos por el artículo 26.

Igualmente, en *B. vs. los Países Bajos*,²⁷ una agencia administrativa del Estado hizo una distinción entre un grupo de fisioterapeutas que había sido directamente notificado de la falta de ciertas obligaciones de seguros y otro grupo que no había sido notificado directamente. El Comité estableció que el caso era inadmisibles y al hacerlo señaló:

“...[e]l Comité también recuerda que el artículo 26 en su segunda oración establece “... otra condición social”. El Comité advierte que los autores no han aducido que su trato diferente se atribuya al hecho de pertenecer a alguna categoría específica e identificable que les significara encontrarse expuestos a un trato discriminatorio a causa de alguno de los motivos enumerados u “otra condición social” establecido en el artículo 26...”²⁸.

En otras palabras, el Comité está aparentemente sugiriendo que no obstante el lenguaje del artículo 26, que prohíbe la discriminación por “cualquier motivo”, ellos restringen el alcance de dicho artículo a casos que involucran los motivos explícitamente enumerados en el mismo o de los que puede decirse que caen dentro del sentido de “otra condición social”, no estando todavía definido el alcance de este último término.

Si, de hecho, el Comité de Derechos Humanos impone una limitación de esta naturaleza al alcance del artículo 26, ello constituiría un resultado extremadamente desafortunado. El Comité está obviamente preocupado de que una disposición no discriminatoria - que se reconoce no estar limitada a los derechos resguardados en el Pacto²⁹ - desencadene una avalancha de comunicaciones individuales. Sin embargo, las Normas de Procedimiento del Comité que se aplican a la consideración de comunicaciones individuales, contienen una disposición que permite al Comité declarar inadmisibles un caso que adolece de “falta de substanciación”³⁰. El uso adecuado de esta disposición permitiría al Comité controlar la calidad de las comunicaciones a ser examinados en el fondo, sin recurrir a una interpretación distorsionada del texto del Pacto ni a una distinción arbitraria entre los motivos explicitados y otros motivos o una definición artificial de “otra condición social”. Esto también respetaría en mayor medida el espíritu de los *travaux préparatoires* del Pacto, en los cuales los intentos de agregar nuevos motivos a la lista existente contaron con oposición

²⁶ *Ibid*, párrafo 9.4.

²⁷ Comunicación N° 273/1989. A/44/40 (1989), pág. 286.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 6.7 [traducción libre].

²⁹ Véase Comentario General, *supra*, nota al pie N° 4, párrafo 12.

³⁰ Regla 90(b), A/44/40 (1989), pág. 180.

basada en que tales motivos estaban cubiertos tanto por la expresión “cualquier discriminación” como por “otra condición social”³¹.

(2) Intención Discriminatoria

El material jurídico internacional sugiere que una intención discriminatoria no es un elemento necesario ni de la discriminación ni de una negación de la igualdad.

En los “Casos de África Suroccidental (Segunda Fase)”, 1966³², la mayoría de los integrantes de la Corte Internacional de Justicia omitió considerar el fondo del argumento de que Sudáfrica había violado sus obligaciones internacionales; sin embargo, en su opinión disidente, el Juez Tanaka abordó las cuestiones sustantivas planteadas por las partes. Sudáfrica argumentó que la política del apartheid era necesaria con el fin de promover el bienestar y progreso social de los habitantes del Territorio y presentó un sinnúmero de testigos y peritos para sustentar su argumentación. El Juez Tanaka, al enunciar lo que en su opinión era una norma internacional consuetudinaria de no discriminación por motivos de raza³³, consideró que el trato diferente se permite cuando es justo o razonable y que la justicia o razonabilidad excluyen la arbitrariedad. “La arbitrariedad prohibida se refiere al hecho simplemente objetivo y no a la condición subjetiva de los involucrados. En consecuencia, la arbitrariedad puede establecerse independientemente ...del motivo o finalidad”³⁴. Y concluyó: “Por lo tanto, la práctica del apartheid es fundamentalmente carente de razón e injusta. La no razonabilidad y la injusticia no dependen de la intención o motivo del Mandato, a saber su *mala fides*”³⁵.

Existen sólo cuatro tratados de derechos humanos que contienen definiciones explícitas de discriminación. Específicamente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece:

“En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará 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”³⁶.

³¹ Bossuyt M.J. “Guide to the ‘Travaux Préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights” Martinus Nijhoff, c. 1987, pág. 486: “Se consideró que las propuestas para agregar “asociación con grupos minoritarios”, “opinión económica o de otra índole” y “logro educacional” a la enumeración eran innecesarias por cuanto se estimaba que dichos motivos estaban adecuadamente cubiertos en las expresiones “cualquier discriminación” y “otra condición social” [E/CN 4/SR 172 §55 y §57 (DK): E/CN 4/SR. 173, § 4 (CSW) § 18)]” [traducción libre].

³² “Casos de África Suroccidental, Segunda Fase”, Informes de la CIJ, 18 de julio de 1966.

³³ *Ibid.*, pág. 293.

³⁴ *Supra.*, nota al pie N° 32, pág. 306 [traducción libre].

³⁵ *Supra.*, nota al pie N° 32, pág. 314 [traducción libre].

³⁶ Artículo 1, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1969), 660 UNTS 195.

De manera similar, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”³⁷.

El Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (Nº 111) establece:

“A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”³⁸.

La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) establece:

“A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial...”³⁹.

Tres de estas definiciones establecen la discriminación con referencia a la finalidad o bien al efecto: el Convenio de la OIT⁴⁰ se centra únicamente en los efectos. En consecuencia, aquí la finalidad o intención discriminatoria claramente no constituye un requisito para la discriminación.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General sobre la no discriminación, ha adoptado las definiciones de discriminación contempladas en las Convenciones contra la Discriminación Racial y referente a la Mujer. En las palabras del Comité:

“Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación” tal como se emplea en el

³⁷ Artículo 1, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, AGNU Res. 34/180 ORAG Sesión XXXIV, Sup. 46, pág. 193, 191 IIM 33.

³⁸ Artículo 1(a), 362 UNTS 31.

³⁹ Artículo 1, (1962) 429 UNTS 93.

⁴⁰ *Supra*, nota al pie N° 38.

Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁴¹.

No obstante, debe señalarse que, cuando se ha tratado la aplicación de la idea de considerar los efectos o resultados discriminatorios, el Comité aparentemente ha echado pie atrás. En *P.P.C. vs. los Países Bajos*⁴², el Comité señaló: “... el alcance del artículo 26 no abarca diferencias de resultados en la aplicación de normas comunes a la asignación de beneficios”⁴³. En otras palabras, el Comité determinó que la comunicación era inadmisibile debido a que el artículo 26 no cubría las circunstancias en que nominalmente la ley se aplicaba de manera uniforme a todas las personas involucradas. O la neutralidad nominal aislaba a la legislación del ámbito del artículo 26, independientemente de su efecto discriminatorio. En el caso de *Vos vs. los Países Bajos*⁴⁴, el Comité señaló: “...las diferencias que pueden resultar de la aplicación uniforme de la legislación no constituyen por sí mismas discriminación prohibida”⁴⁵. Esta última apreciación es difícil de entender, puesto que ninguna diferencia es discriminatoria *per se*. Ambos casos sugieren que las leyes que nominalmente son neutrales no pueden impugnarse a pesar de tener efectos discriminatorios. Esta conclusión haría que el artículo 26 se volviera impotente en el contexto de muchas formas modernas de discriminación. Si bien no surge necesariamente de una intención intolerante, la discriminación puede adoptar la forma de exigir que se les dé el mismo trato a personas con distintas necesidades y características. Un ejemplo sería la estatura y peso mínimos que se exige a aspirantes a oficiales de policía, lo que en la práctica resulta en la exclusión de mujeres y miembros de ciertas minorías étnicas y raciales. En términos más generales, podría pensarse que los dos casos sugieren que un trato idéntico hacia personas desiguales no constituye discriminación, pero esto estaría en abierta contradicción con otras opiniones formuladas por el Comité que rechazan tal argumento. Alternativamente, la posición del Comité podría interpretarse como un intento de introducir aquí una suerte de noción de responsabilidad extracontractual de previsibilidad en la cual algunos resultados no serían considerados como verdaderas consecuencias de las normas discriminatorias o de su aplicación. De ser así, no habría inconsistencia entre estas opiniones y la definición aceptada en el Comentario General, que supone que la intención o finalidad discriminatoria no es un elemento necesario de la discriminación.

⁴¹ *Supra*, nota al pie N° 4.

⁴² Comunicación N. 212/1986 (1988) A/43/40, pág. 244.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 6.2. [traducción libre].

⁴⁴ Comunicación N° 218/1986, (1989) A/44/40, pág. 232.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 11.3.

(3) Fijación del Límite entre Distinciones Justificadas e Injustificadas

(a) *Trato Idéntico*

El derecho internacional propone sugerencias en cuanto a la forma de fijar un límite entre distinciones justificadas e injustificadas. El punto de partida, fijado por la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, es que no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico⁴⁶. En las palabras del Comentario General sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos: “[e]l goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”⁴⁷. En otras palabras, el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente. Como dijo Aristóteles, hay motivo de reclamo "...cuando a los iguales se les otorgan o poseen partes desiguales o a los desiguales partes iguales”⁴⁸.

(b) *Legitimidad de Fines y Proporcionalidad entre Medios y Fines*

Más específicamente, al interpretar el artículo 14 de la Convención Europea, la Corte Europea y la Comisión de Derechos Humanos han formulado criterios para diferenciar distinciones justificadas e injustificadas. Dicho artículo establece que:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

La Corte interpretó el artículo 14 en el caso *Lingüística Belga*, resuelto en 1968, y ha repetido esas conclusiones en muchos otros casos⁴⁹. La Corte sostuvo que:

“el principio de igualdad de trato se viola [o en las palabras del caso *Marckx* “una distinción es discriminatoria”] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente

⁴⁶ *Lingüística Belga*, supra, nota al pie N° 1, párrafo 10. “...El artículo 14 no prohíbe todas las diferencias de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos... Las autoridades nacionales competentes se ven con frecuencia enfrentadas a situaciones y problemas que, debido a diferencias inherentes a ellas, exigen distintas soluciones jurídicas; además, ciertas desigualdades legales tienden solamente a corregir desigualdades de hecho” (pág. 34, Serie A).

⁴⁷ *Supra*, nota al pie, párrafo 8.

⁴⁸ *Ethica Nicomachea [Ética a Nicómaco]*, trad. de W.D. Ross, OUP, c. 1925, Libro V, 3, 1131a. [traducción libre].

⁴⁹ Por ejemplo, el caso *Marckx vs. Bélgica*, supra, nota al pie N° 12.

cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr⁵⁰.

Esta definición contiene dos requisitos claves. Una distinción no discriminatoria debe: (a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla.

En casos posteriores se han agregado refinamientos al criterio anterior. En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*⁵¹, la Corte se enfrentó al argumento de que un derecho de no discriminación no se aplicaba a las actividades que la Convención no obligaba a un gobierno realizar. La Corte dictaminó que:

“El concepto de discriminación conforme al sentido del artículo 14 incluye, en general, los casos en que una persona o grupo es tratado, sin la debida justificación, de manera menos favorable que otro, aun cuando el trato más favorable no sea exigido por la Convención⁵²”.

(Esta opinión es consistente con el hecho de que el artículo 14 no constituye un derecho autónomo siempre que el trato caiga dentro del alcance de un derecho o libertad reconocido en la Convención).

En *Lithgow y otros vs. Reino Unido*⁵³, la Corte señaló que el artículo 14 “salvaguarda a personas (incluidas personas jurídicas) que “se encuentran en situaciones análogas” de diferencias discriminatorias de trato...⁵⁴ En otras palabras, la discriminación implica otorgar un trato distinto a aquellos cuyas circunstancias son análogas en todos los demás sentidos. Según Aristóteles “la justicia estima que a las personas que son iguales se les deben otorgar las mismas cosas⁵⁵”. Por cierto, identificar a aquellos a quien debidamente se les considere que se encuentran en situaciones análogas será una tarea crítica y substancial al momento de aplicar la norma.

Si bien este concepto es indiscutible en teoría, en la práctica la Corte no parece entenderlo del todo. En *Rasmussen vs. Dinamarca*⁵⁶, la Corte determinó en primer lugar que las dos personas, marido y mujer en este caso, “se encontraban en situaciones análogas⁵⁷” y luego prosiguió a considerar si se justificaba el trato distinto que cada uno de ellos había recibido. Lo sustancial del principio es que las personas que genuinamente se encuentran en situaciones análogas no deben ser tratadas de manera distinta. Posteriormente, en *Johnston y*

⁵⁰ *Supra*, nota al pie N° 1, párrafo 10 [traducción libre].

⁵¹ 28 de mayo de 1985. Volumen 94, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵² *Ibid.*, párrafo 82 [traducción libre].

⁵³ 8 de julio de 1986. Volumen 102, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 177 [traducción libre].

⁵⁵ *La Política de Aristóteles* trad. E. Barker, circa 1946, OUP, Libro III, xii, 1282b [traducción libre]. Para decirlo de otra manera, el principio de igualdad exige que las personas que son iguales sean tratadas de igual forma o, nuevamente, que dos personas sean tratadas con igualdad si en otros aspectos pertinentes son iguales.

⁵⁶ *Supra*, nota al pie N° 21.

⁵⁷ *Supra*, nota al pie N° 21, párrafo 37 [traducción libre].

*otros vs. Irlanda*⁵⁸, la Corte lamentablemente aplicó el requisito de situación análoga de manera circular. Empleó la mismísima diferencia de trato contra la que se reclamaba para concluir que las dos situaciones no eran análogas. El caso decía relación con el reconocimiento en Irlanda de algunos divorcios solamente, específicamente aquellos obtenidos en el extranjero por irlandeses que en ese momento se encontraban domiciliados fuera del país. Los demandantes reclamaron discriminación por situación económica, puesto que los residentes irlandeses que contaban con los medios económicos necesarios podían obtener un divorcio que sería reconocido en Irlanda. La Corte se limitó a señalar, sin preguntarse por qué no existía analogía, que: “[e]n su opinión, las situaciones de dichas personas [que obtenían divorcios extranjeros estando domiciliadas en el exterior] y las situaciones del primer y segundo demandantes no pueden ser consideradas análogas. En consecuencia, no existe discriminación...”⁵⁹

Un refinamiento adicional al análisis europeo de la no discriminación fue formulado en *Inze vs. Austria*⁶⁰. En ese caso, refiriéndose a “convicciones” discriminatorias por parte de la población local, el gobierno justificó el trato legal diferente sobre la base de la ilegitimidad de nacimiento. La Corte se negó a aceptar este “planteamiento tradicional” como justificación para dicho trato. Pudo rechazar el argumento a pesar de su opinión reiterada en cuanto a que la maquinaria internacional para la protección de los derechos fundamentales es subsidiaria a los regímenes internos de protección de derechos y que las autoridades nacionales están en una mejor posición que el juez internacional para establecer cuán apropiadas son las limitaciones⁶¹.

La definición de no discriminación o igualdad de trato formulada por la Corte Europea ha sido aprobada y citada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva de 1984⁶². Según señala la Corte Interamericana:

“...no pued[e] afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”⁶³.

La definición de la Corte Europea también ha sido incorporada a las interpretaciones que el Comité de Derechos Humanos ha realizado del artículo 26 del Pacto. Según el

⁵⁸ 18 de diciembre de 1986. Volumen 112, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 60 [traducción libre].

⁶⁰ 28 de octubre de 1987. Volumen 126, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos.

⁶¹ *Handyside vs. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, Volumen 24, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 48; *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Volumen 30, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 59; *Dudgeon vs. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, Volumen 45, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 52.

⁶² “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización” *Supra*, nota al pie N° 1, pág. 172 (párrafo 56).

⁶³ *Supra*, nota al pie N° 1, pág. 173 (párrafo 57).

Comentario General del Comité: “...no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”⁶⁴.

El Comité de Derechos Humanos ha aplicado esta definición en varias comunicaciones individuales⁶⁵. Sin embargo, dicha aplicación ha sido desigual y confusa. En el dictámen de admisibilidad del caso *M.J.G. vs. los Países Bajos*⁶⁶, el autor de la comunicación adujo que existía una diferenciación no razonable entre soldados y civiles con respecto a la capacidad de apelar contra una citación. El Comité estableció que el artículo 26 era inaplicable y la comunicación inadmisibles debido a que “...el autor no ha argumentado que el procedimiento militar penal de los Países Bajos no se está aplicando de igual manera a todos los ciudadanos holandeses que prestan servicio en las fuerzas armadas de ese país”⁶⁷. En otras palabras, el Comité determinó que el autor era tratado con igualdad en comparación con todos los demás comprendidos en la categoría de personas que reclamaban por discriminación versus las personas no comprendidas en tal categoría. Es decir, se determinó que dos grupos segregadas por una diferenciación legislativa impugnada no eran comparables debido a la propia diferenciación legislativa.

En cambio, en la comunicación *Gueye vs. Francia*⁶⁸, el Comité examinó cuidadosamente los criterios planteados por el gobierno para justificar el trato diferencial con respecto a los derechos de pensión de los ex miembros de las Fuerzas Armadas Francesas de nacionalidad senegalesa en contraposición a los de nacionalidad francesa. El Comité concluyó que los criterios no eran razonables ni objetivos. En el curso de su decisión, el Comité insistió que “...no cabe invocar una simple inconveniencia de tipo administrativo, ni la posibilidad de que se cometa algún abuso respecto de los derechos a las pensiones, para justificar un trato desigual”⁶⁹.

Sin embargo, poco tiempo después, en *Vos vs. los Países Bajos*⁷⁰, el Comité examinó legislación que establecía que un hombre discapacitado cuya ex mujer fallece retiene el derecho a una pensión de discapacidad, pero una mujer discapacitada cuyo ex marido fallece pierde el derecho a la pensión de discapacidad. En su lugar, la mujer tiene derecho a una pensión de viudez; en el caso de la autora, su pensión de discapacidad era superior a la pensión de viudez. La autora argumentó que la ley era especialmente injusta por cuanto ella había estado divorciada durante 22 años y se ganaba su propio sustento al momento de quedar

⁶⁴ *Supra*, nota al pie N° 4.

⁶⁵ *Aumeeruddy, Cziffra y otros vs. Islas Mauricio*, Comunicación N° 35/1978, A/36/40 (1981) = 2 HRLJ 139 (1981); *Broeks vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 172/1984, A/42/40 (1987), pág. 139 en párrafo 13; *Danning vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 180/1984, A/42/40 (1987), pág. 151 en párrafo 14; *Zwaan-de-Vries vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 182/1984, A/42/40 (1987), pág. 160 en párrafo 13; 9 HRLJ 258 (1988); *Stalla Costa vs. Uruguay*, Comunicación N° 198/1985, A/42/40 (1987), pág. 170; *Gueye vs. Francia*, Comunicación N° 196/1985, A/44/40 (1989), pág. 189 en párrafo 9.4; *Vos vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 218/1986, A/44/40 (1989), pág. 232 en párrafo 11.3; *Avellanal vs. Perú*, Comunicación N° 202/1986, A/44/40 (1989), pág. 196, 9 HRLJ 262 (1988).

⁶⁶ Comunicación N° 267/1987, A/43/40 (1988), pág. 271.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 3.2 [traducción libre].

⁶⁸ *Supra*, nota al pie N° 65.

⁶⁹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 9.5.

⁷⁰ *Supra*, nota al pie N° 65.

discapacitada. Por lo tanto, argumentó, ella debía ser tratada principalmente como persona discapacitada y no como viuda. El gobierno sostuvo que:

“Cuando se promulgó la Ley General de Subsidios de Viudas y Huérfanos era habitual que los maridos fueran quienes mantuvieran a sus familias, y por consiguiente, era conveniente prever una prestación financiera para los dependientes en caso de muerte prematura del cabeza de familia”⁷¹.

El gobierno holandés también sostuvo que la norma era “...necesari[a para] ... evitar la duplicación de incluir a la persona interesada en los registros de dos órganos distintos encargados de pagar prestaciones y la necesidad de cobrar impuestos retroactivos sobre ingresos de dos fuentes separadas”⁷². El gobierno también puntualizó que la pensión de viudez era habitualmente superior a la pensión de discapacidad debido a que la mayoría de las mujeres casadas habían mantenido empleos de tiempo parcial y por lo tanto reunían los requisitos para recibir solamente beneficios parciales por discapacidad⁷³. Sobre la base de las explicaciones dadas por el Estado acerca de la historia legislativa, el propósito y la aplicación de esta legislación, el Comité concluyó que la norma se fundaba en criterios objetivos y razonables⁷⁴.

Este resultado es inaceptable. Contradice clara y directamente la resolución que el Comité emitió en el caso *Gueye* en cuanto a que una inconveniencia meramente administrativa o la posibilidad de abuso no pueden justificar un trato diferenciado. Una opinión disidente, suscrita por dos de los 18 miembros del Comité, señaló explícitamente que la incapacidad de la legislación de permitir un “mínimo de flexibilidad en su implementación” debió haber convertido en injustificable el trato diferenciado⁷⁵. En segundo término, la resolución hace caso omiso del hecho de que esta diferenciación legislativa lleva el sello de la estereotipificación clásica de la mujer con sus consecuencias anexas de degradación y estatus de segunda categoría. Se fundamentó en suposiciones añejas acerca de la mujer y su rol en la sociedad: suponía que las mujeres casadas no tienen empleo de tiempo completo y penalizaba a las mujeres casadas y discapacitadas que sí lo tenían. Categorizaba a la mujer en términos de su relación con el hombre, negándose a considerarla como persona con derechos propios, aún cuando esa relación hubiese terminado un cuarto de siglo antes.

Es posible comparar *Vos* con otros tres casos: *Aumeeruddy-Cziffra y otros vs. Islas Mauricio*⁷⁶, *Broeks vs. los Países Bajos*⁷⁷ y *Avellanal vs. Perú*⁷⁸. En *Aumeeruddy-Cziffra*, el Comité examinó la legislación de inmigración y deportación de las Islas Mauricio, la que exigía que los maridos extranjeros, pero no las mujeres extranjeras, solicitaran al Ministerio del Interior un permiso de residencia que, en caso de ser denegado, no admitía posibilidad de apelación ante un tribunal de justicia. El Comité estableció que “...se hace una distinción

⁷¹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 8.6.

⁷² *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 8.8.

⁷³ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 8.9.

⁷⁴ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 12.

⁷⁵ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 4, opinión de los Sres. Urbina y Wennergren.

⁷⁶ *Supra*, nota al pie N° 65.

⁷⁷ *Supra*, nota al pie N° 65.

⁷⁸ *Supra*, nota al pie N° 65.

adversa fundada en el sexo, la que afecta a las supuestas víctimas en el goce de uno de sus derechos. No se han presentado explicaciones suficientes que justifiquen esta diferencia⁷⁹. El derecho aludido allí es el contemplado en el artículo 17(1): el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la familia. El Comité estableció además que la legislación en cuestión era “...discriminatoria con respecto a las mujeres de Mauricio y no puede justificarse por necesidades de seguridad”⁸⁰. En consecuencia, el Comité dictaminó que se habían violado los artículos 2(1), 3 y 26, en conjunción con los artículos 17(1) y 23(1) (el derecho de la familia a recibir protección de la sociedad y del Estado). En estas circunstancias en que la viabilidad de la vida matrimonial y de la unidad familiar estaba gravemente amenazada, el Comité prácticamente no tuvo dificultades para constatar la existencia de una violación del Pacto.

En *Broeks*, la ley establecía que, a fin de recibir ciertos beneficios de desempleo, una mujer casada debía probar que ella era “el sostén de familia”, mientras que un hombre casado recibiría los mismos beneficios sin necesidad de probar su condición de “sostén de familia”. El Comité simplemente señaló que tal diferenciación se hacía sobre la base del sexo y que situaba a la mujer casada en una posición de desventaja frente al hombre casado. También advirtió que el gobierno había ya modificado la ley para eliminar la desventaja o discriminación, aunque la modificación no se aplicaba con efecto retroactivo a la autora. Concluyó entonces que tal “diferenciación no es razonable”⁸¹ y que se había violado el artículo 26 por cuanto a la autora “se le denegó un beneficio de la seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres”⁸². En este caso, el hecho de que el gobierno hubiese “reconocido efectivamente”⁸³ la naturaleza discriminatoria de la legislación y hubiese modificado la ley, evidentemente simplificó la labor del Comité.

En *Avellanal vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos constató una violación al artículo 26 por parte del Código Civil peruano: éste dispone que una mujer casada no tiene derecho a entablar acción judicial respecto de los bienes maritales. La mujer intentó demandar a los arrendatarios de edificios de departamentos que eran de su propiedad, por no pago de alquiler. Perú se había mostrado poco cooperador en el caso, negándose específicamente a abordar las cuestiones planteadas en la comunicación. Además, la Corte Suprema del Perú aparentemente no había notificado a la autora de las resoluciones adoptadas respecto de dos solicitudes que ella había presentado con respecto a este caso ante dicha Corte. En estas circunstancias, el Comité simplemente estableció que los hechos que se le estaban presentando eran indicativos de una violación, *inter alia*, del artículo 26. En comparación con *Vos, Avellanal* sugiere que las amplias denegaciones de igualdad de trato en circunstancias de una desestimación más general de los derechos humanos serán abordadas con mayor facilidad por el Comité de Derechos Humanos que los esquemas legales más complejos creados por Estados con buenos historiales de derechos humanos.

Todos los casos anteriores nos llevan a recalcar que, si bien la definición de la Corte Europea de una distinción discriminatoria puede resultar útil en la teoría para establecer el

⁷⁹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 9.2(b)2(i)8 [traducción libre].

⁸⁰ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 9.2(b)2(ii)3 [traducción libre].

⁸¹ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 14.

⁸² *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 15.

⁸³ *Supra*, nota al pie N° 65, párrafo 14.

límite entre distinciones justificadas e injustificadas, dicha definición no es de aplicación automática. Su impacto dependerá de la voluntad del órgano interpretativo para aplicarla con rigor. Los resultados, por ejemplo, probablemente serán distintos cuando la Corte Europea, en el contexto de la aplicación del artículo 14, establece que:

“...estas distinciones *podrían haber sido* dictadas con una finalidad legítima, a saber... En cuanto al confinamiento a una celda durante el arresto estricto, el legislador holandés *pudo haber tenido* razones sobradas para no aplicarlo a los oficiales”⁸⁴.

o nuevamente en otro caso:

“La Corte ha...constatado que, *independientemente de su severidad*, las disposiciones legales o administrativas están fundadas en criterios objetivos... Esta finalidad es plausible en sí misma y *no corresponde a la Corte determinar si es posible o no lograrla por otros medios*”⁸⁵.

que cuando, en contraste, la Comisión establece en un caso distinto de aplicación del artículo 14:

“...por lo tanto, *le compete* a la Comisión *examinar detenidamente la aparente justificación* en razón de la cual se practican distinciones de trato en función del sexo para garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención”⁸⁶.

En general, la Corte Europea ha articulado un concepto de margen de apreciación que en esencia restringe el alcance de la revisión judicial internacional de los actos realizados por autoridades nacionales. En el contexto de la no discriminación, la Corte ha señalado:

“Los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación al evaluar la existencia y la medida en que las diferencias en situaciones de otro modo similares justifican un trato distinto ante la ley; el alcance de este margen variará según las circunstancias, la materia en cuestión y los antecedentes del caso”⁸⁷.

Por lo tanto, el grado de deferencia que la Corte muestra hacia las justificaciones de tratos diferenciados que las autoridades nacionales han planteado tendrá un impacto en el resultado de los casos.

En general, sin embargo, ha habido poca articulación de “las circunstancias, la materia en cuestión y los antecedentes del caso” según los cuales variarán los márgenes de apreciación en casos de discriminación. Las escasas excepciones son las siguientes. En el contexto de la

⁸⁴ Caso de *Engel y otros vs. los Países Bajos*, 8 de junio de 1976, Volumen 22, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 72. Énfasis agregado. [Traducción libre].

⁸⁵ Caso “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” (Fondo), *supra*, nota al pie N° 1, pág. 50. Énfasis agregado. [Traducción Libre].

⁸⁶ *Sras. X, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, Comisión Europea de Derechos Humanos, 12 de mayo de 1983 (Informe Art. 31), párrafo 103. Énfasis agregado. [Traducción libre].

⁸⁷ *Inze vs. Austria*, *supra*, nota al pie N° 60, párrafo 41 [traducción libre].

no discriminación, la Corte ha establecido que en aquellas esferas en que existe “poca coincidencia entre los Estados Contratantes” o en las que la ley está en una “etapa de transición”, se permitirá a los Estados aplicar un amplio margen de apreciación⁸⁸. En segundo lugar, el margen de apreciación será más estrecho en el contexto de dos motivos específicos de discriminación: sexo e ilegitimidad⁸⁹.

(c) *Categorías Sospechosas Internacionales*

La técnica de adaptar el rigor de las evaluaciones de la legitimidad de las distinciones a motivos específicos es también una característica de otras fuentes jurídicas internacionales. Si bien la mayoría de las disposiciones no discriminatorias contempladas en los tratados internacionales son abiertas respecto de los motivos de la discriminación y, por lo tanto, no impiden a ninguna clasificación *reclamar* un derecho a trato igualitario, existen varias indicaciones en el derecho internacional que señalan que la seriedad con que debieran tratarse esos reclamos debiera variar según el motivo que se invoque para hacer la distinción⁹⁰. “Tratar con mayor seriedad”, en términos de la prueba que impone la Convención Europea para verificar la legitimidad de una clasificación, significaría examinar con mayor acuciosidad las justificaciones presentadas para detectar las diferencias de trato, exigiendo a la finalidad satisfacer una necesidad social mayor o un mayor grado de encaje o proporcionalidad entre los medios adoptados y la finalidad que se persigue⁹¹.

⁸⁸ *Rees vs. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986, Vol. 106, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 37; *Rasmussen vs. Dinamarca*, *supra*, nota al pie N° 21, párrafo 40, 6 HRLJ 24 (1985). Esta razón es también evidente, aunque no articulada, en el caso *Danning vs. los Países Bajos* (*supra*, nota al pie N° 65), visto por el Comité de Derechos Humanos. En él, el autor era un varón que vivía con una mujer con quien no estaba casado: él tenía derecho a una pensión de discapacidad menor que la que correspondía a un hombre casado. El Comité sostuvo que no había violación del artículo 26 debido a que (a) el matrimonio conllevaba deberes y responsabilidades que eran distintos a los que correspondían a las personas no casadas que convivían; (b) los solteros podían optar por casarse; (c) si no lo hacían, no tenían derecho a los beneficios otorgados a parejas casadas. Con este razonamiento, es improbable que las distinciones fundadas en una condición de convivencia sean alguna vez consideradas como discriminatorias.

⁸⁹ Discriminación por sexo: véase *Abdulaziz*, *supra*, nota al pie N° 51 e *infra*, texto que acompaña la nota al pie N° 103. Ilegitimidad: véase *Inze*, *supra*, nota al pie N° 60 e *infra*, texto que acompaña la nota al pie N° 117.

⁹⁰ Se sugiere también que los argumentos justificativos acerca de las clasificaciones deben estar organizados en torno a una consideración de los intereses individuales en cuestión; o la seriedad con la que el reclamo de trato igualitario o no discriminación debe ser tratada también variará según el interés que se deba proteger. En *Dudgeon vs. Reino Unido*, la corte Europea sostuvo: “Sin embargo, no sólo la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también la *naturaleza de las actividades involucradas* afectarán el alcance del margen de apreciación. El presente caso dice relación con un aspecto muy íntimo de la vida privada. En consecuencia, deben existir razones especialmente serias antes de que las injerencias de parte de las autoridades públicas puedan legitimarse para los efectos del artículo 8(2)”. Énfasis agregado. *Supra*, nota al pie N° 61, párrafo 52 [traducción libre].

⁹¹ Sin embargo, debe advertirse que ni la propia Corte Europea ni la Comisión Europea han aplicado claramente el artículo 14 en este sentido. A pesar del hecho de que existen casos al amparo de la Convención Europea que sugieren que los argumentos justificativos se adaptan a los motivos de distinción (*Abdulaziz*, *supra*, nota al pie N° 51) o a los intereses lesionados (*Dudgeon*, *supra*, nota al pie N° 61), la aplicación del artículo 14 de la Convención Europea no ha sido, en general, organizada en torno a ninguna de estas líneas. La Corte Europea ha articulado una fórmula para establecer el límite entre distinciones justificadas e injustificadas (véase *supra* la pág. 11) y en general ha aplicado esta misma fórmula a todas las distinciones que han sido sometidas a su consideración al amparo del artículo 14. Lo que cuenta como una justificación en el contexto de una distinción específica simplemente variará de caso en caso y dependerá de una consideración *ad hoc* de factores, sin que se apliquen directivas más generalizadas organizadas en torno al motivo de la distinción o a los intereses lesionados

En general, el material jurídico internacional sugiere que los motivos que merecen la mayor atención, de cuya invocación debe sospecharse o que con mayor probabilidad serán injustificados, son la raza, el sexo y la religión.

Existen varias fuentes que indican que la raza se encuentra entre estas “categorías sospechosas” internacionales. En primer lugar, diversos casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia sugieren que el principio de no discriminación se ha convertido en una norma del derecho internacional consuetudinario, al menos en el contexto de las distinciones hechas sobre la base de raza. Por ejemplo, el Juez Tanaka en los casos de *África Suroccidental* señaló que: “consideramos que el principio de no discriminación o no separación por motivo de raza se ha transformado en una norma del derecho internacional consuetudinario...”⁹². En una Opinión Consultiva en 1971 acerca del caso *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia señaló que: “aplicar distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente en motivos de raza, color, nacimiento, origen nacional o étnico que constituyen la negación de derechos humanos fundamentales es una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta...”⁹³

En segundo lugar, en el caso *Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido*, de 1973, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que:

“La Comisión recuerda ...que, como se reconoce generalmente, debe asignarse especial importancia a la discriminación racial; que segregar públicamente a un grupo de personas para que otro grupo le dé un trato distinto por motivo de su raza podría, en consecuencia, constituir un trato degradante en circunstancias que el trato distinto fundado en otros motivos no plantearía tal cuestión”⁹⁴.

por la distinción. Esto contrasta, por ejemplo, con el enfoque de niveles de escrutinio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto a la igual protección de las leyes, contemplada en la Enmienda Número 14 de la Declaración de Derechos de Estados Unidos. En el último caso, aparecen dos o tres fórmulas relativamente fijas en relación con el grado de importancia de un objetivo legislativo y el nexo necesario entre ese objetivo y los medios empleados para lograrlo. Luego, los motivos de distinción se asocian con una de esas dos o tres fórmulas generales.

⁹² *Supra*, nota al pie N° 32 en 293 [traducción libre].

⁹³ “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276” (1970). Opinión Consultiva (1971). Informes ICJ 3, en 57 [traducción libre]. Véase también “Barcelona Traction, Light & Power Co.” (en Informes ICJ 1970, pág. 3, párrafos 33 y 34):

“...debe hacerse una distinción básica entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo ... ellas son obligaciones *ergo omnes*. En el derecho internacional contemporáneo, por ejemplo, tales obligaciones derivan de la proscripción de actos de agresión y del genocidio, al igual que de los principios y normas relativos a los derechos básicos de las personas, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección correspondientes han ingresado al *corpus* del derecho internacional general ... otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal.”

⁹⁴ *Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido*, 14 de diciembre de 1973. (Informe del artículo 31). Número de solicitud 4403/70, etc., párrafo 207, reproducido en 3 *European Human Rights Reports* 76 [traducción libre].

La Comisión estableció que la legislación de inmigración en cuestión sometía a los postulantes a una discriminación racial que se traducía en un trato degradante⁹⁵.

En tercer lugar, la Ley Americana Refundida de Relaciones Exteriores concluye que en su expresión mínima, una discriminación racial sistemática practicada como asunto de política de Estado constituye una violación del derecho internacional consuetudinario⁹⁶. En cuarto lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que en ciertos casos excepcionales de emergencia podrán suspenderse las obligaciones contraídas en virtud del Pacto siempre que, *inter alia*, “tales disposiciones... no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color⁹⁷, sexo, idioma, religión u origen social”⁹⁸. En quinto lugar, todos los tratados existentes que contemplan una disposición de igualdad o no discriminación en la que se enumeran motivos prohibidos de discriminación incluyen “la raza” entre ellos.

Además de la raza, el derecho internacional indica que las distinciones que se basan particularmente en el sexo merecen el más alto grado de escrutinio. Esta conclusión se puede desprender de los siguientes factores. En primer lugar, las discriminaciones por motivos de raza o sexo son las únicas que han alcanzado un nivel de consenso internacional suficiente como para permitir la promulgación de tratados especializados dedicados únicamente a la no discriminación fundada en estos dos criterios⁹⁹. En segundo lugar, existe una abundancia relativamente destacada de tratados internacionales dedicados a la mujer y a la problemática de la discriminación sexual¹⁰⁰.

⁹⁵ Esto constituyó una violación al artículo 3, *supra*, nota al pie N° 1 e *infra* nota al pie N° 102.

⁹⁶ The American Law Institute, *Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 2, 14 de mayo de 1986, N° 702 en pág. 161. Comentario pág. 165, Notas pág. 172.

⁹⁷ La discriminación racial incluye, según el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (*supra*, nota al pie N° 36), la discriminación basada en el color de la piel.

⁹⁸ Artículo 4(1), *supra*, nota al pie N° 3.

⁹⁹ De igual forma, la Convención sobre los Derechos del Niño (*supra*, nota al pie N° 10) está dedicada especialmente al trato de los jóvenes (la edad límite de un “niño” no está definida en la Convención).

¹⁰⁰ Convención Internacional sobre la Prohibición de Trabajo Nocturno Femenino en Empleo Industrial (1906), 2 Martens (3ero) 861, 4 AJLL Supp. 328; Convenio sobre Trabajo Nocturno (mujeres) (OIT4), (1919), 38, UNTS 67; Convenio de Protección de la Maternidad (OIT3) (1919) 38, UNTS 53; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños (1921) y su Protocolo (1947), 9 UNTS 416, 18 AJLL Supp. 130; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres Adultas (1933), 150, UNTS 431 y su Protocolo (1947) 53 UNTS 49; Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer (1933), PAUTS 37, 28 AJLL Supp. 61; Convenio sobre Trabajo Nocturno (mujeres) (OIT 41), (Rev. 1934), 40 UNTS 33; Convenio sobre Trabajo Subterráneo (mujeres) (OIT 5) (1935), 40 UNTS 63; Convención Interamericana sobre el Otorgamiento de Derechos Políticos a la Mujer (1948) PAUTS 3; Convención Interamericana sobre el Otorgamiento de Derechos Civiles a la Mujer (1948) PAUTS 23; Convenio (N° 89) sobre Trabajo Nocturno (mujeres) en Empleo Industrial (OIT 89) (Revisado en 1948), 81 UNTS 147; Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de otros (1950), 96 UNTS 271 y su Protocolo Final (1950) UNTS 316; Convenio sobre Igualdad de Remuneraciones entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (OIT 100) (1951), 165 UNTS 321; Convenio sobre Protección de la Maternidad (Revisado) (OIT 103) (1952), 214 UNTS 321; Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1953), 193 UNTS 135; Convención sobre la Nacionalidad de Mujeres Casadas (1957), 309 UNTS 65; Convención sobre Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para el Matrimonio y Registro de Matrimonios (1962), 521 UNTS 231; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37; Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (OIT 156), (1981), Cmnd. 8773.

En tercer lugar, en el caso *Sras. X, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*¹⁰¹, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que:

“Significativamente, liderando la citación de formas prohibidas de discriminación del artículo 14 de la Convención se encuentra la discriminación por razones de sexo. Generalmente se reconoce que las clasificaciones basadas en el sexo requieren de un cuidadoso escrutinio a fin de eliminar desventajas odiosas. En consecuencia, compete a la Comisión examinar detenidamente la supuesta justificación en razón de la cual se practican distinciones de trato en función del sexo, para garantizar el respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención¹⁰².”

En el mismo caso, redenominado *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*¹⁰³, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que:

“...puede afirmarse que la promoción de la igualdad de los sexos es hoy día una meta prioritaria entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto significa que, antes de que una distinción de trato por motivo de sexo pueda ser considerada compatible con la Convención, deberán plantearse razones de peso para ella”¹⁰⁴.

En cuarto lugar, todos los tratados que contemplan una disposición de igualdad o no discriminación en la que se enumeran motivos prohibidos de discriminación incluyen “el sexo”¹⁰⁵ entre ellos. En quinto lugar, la cláusula de suspensión contemplada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la discriminación en función del sexo (además de raza, color, idioma, religión y origen social). En sexto lugar, la Ley Americana Refundida de Relaciones Exteriores establece que: “...el derecho a estar libre de discriminación de género como política de Estado, en diversas materias, podría ser ya un principio del derecho internacional consuetudinario”¹⁰⁶.

Paralelamente, sería engañoso concluir que los encargados de política internacional siempre han tratado la discriminación sexual con especial consideración, a pesar de sus

¹⁰¹ *Supra*, nota al pie N° 86.

¹⁰² *Supra*, nota al pie N° 86, párrafos 102 y 103 [traducción libre]. Además, la Comisión dejó expresamente abierta la posibilidad de que la discriminación por sexo pudiese también constituir un trato degradante contrario al artículo 3 de la Convención (párrafos 121 y 122). El artículo 3 de la Convención Europea, *supra*, nota al pie N° 1, establece: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Esta disposición no puede ser derogada (artículo 15 (2)). Con esto, sería el único motivo, junto con la raza, que calificaría para esta forma especialmente condenable de negación de la dignidad humana. La Corte, *supra*, nota al pie N° 51, sostuvo explícitamente que la diferencia de trato en este caso particular no habría de considerarse “degradante” en virtud del artículo 3, implicando con ello que la discriminación sexual *per se* podía en ciertas circunstancias ser equivalente a una violación del artículo 3.

¹⁰³ *Supra*, nota al pie N° 51.

¹⁰⁴ *Supra*, nota al pie N° 51, párrafo 80 [traducción libre].

¹⁰⁵ El mínimo se encuentra en la Carta de Naciones Unidas y también en el Convenio OIT(N° 111) sobre Discriminación en el Empleo y la Ocupación, *supra*, nota al pie N° 38. La primera enumera raza, sexo, idioma y religión; el segundo omite el idioma.

¹⁰⁶ *Supra*, nota al pie N° 96, párrafo 166 N° 702 Comentario. [Traducción libre].

declaraciones de principios. En el contexto de la Convención Europea, por ejemplo, no se ha exigido consistentemente razones de peso para justificar la discriminación sexual. Así, en *Hagman-Husler vs. Suiza*¹⁰⁷, la Comisión vio el caso de una mujer a quien, en virtud del Código Civil Suizo, se le exigía adoptar el apellido del marido¹⁰⁸. La Comisión dictaminó que el caso era inadmisibile, fundándose en que la ley se justificaba por la necesidad de identificar fácilmente a integrantes de la familia, cónyuges e hijos menores de edad ante terceros¹⁰⁹. (Así se dictaminó, a pesar de que en este caso la reclamante mujer deseaba presentarse en un proceso electoral con su apellido de soltera precisamente porque ésa era la forma en que sería más fácilmente identificada por el electorado.) De manera similar, en *X. vs. los Países Bajos*¹¹⁰, la Comisión declaró inadmisibile la solicitud presentada por una mujer a quien la ley holandesa obligaba a aparecer en los registros electorales con el apellido de su marido seguido por el de soltera o bien con el apellido de soltera seguido por el de su marido. La Comisión concluyó que no había “apariencia de violación del artículo 14” puesto que (a) “en los Países Bajos la mayoría de las mujeres casadas llevan el apellido de sus maridos” y (b) “el registro electoral cumple principalmente funciones administrativas y como tal no afecta directamente a la población”¹¹¹. En ambos casos, la débil excusa de conveniencia administrativa sirvió para justificar una resolución de inadmisibilidat sobre la base de estar “manifiestamente mal fundada”¹¹². Es difícil imaginar una percepción similar de trivialidad respecto del impacto que estas leyes tendrían en la identidad si a los maridos se les exigiese identificarse con los apellidos de sus mujeres. Estos casos se asemejan a la actitud hacia la discriminación sexual que el Comité de Derechos Humanos exhibe en *Vos vs. los Países Bajos*¹¹³. En ellos, aumentos mínimos de conveniencia administrativa pesaron más que los efectos negativos de actitudes estereotipadas y dañinas hacia la mujer.

El hecho de que la religión corresponde también a una categoría sospechosa internacional queda indicado por los siguientes factores. La Asamblea General ha adoptado una Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones¹¹⁴. La Ley Americana Refundida de Relaciones Exteriores concluye que “existe un sólido caso en cuanto a que la discriminación sistemática por motivo de religión como parte de una política de Estado también constituye una violación a la ley consuetudinaria”¹¹⁵. Y centrando la atención en el mínimo denominador común de todos los tratados que contienen una norma no discriminatoria e incluyen listas de motivos de discriminación, se puede agregar la religión a aquellos que merecen especial atención”¹¹⁶.

Con esto no se pretende sugerir que los motivos de distinción que el material jurídico internacional señala como merecedores del mayor grado de atención sean fijos. En el caso

¹⁰⁷ 12 Decisiones e Informes, diciembre de 1978, Solicitud 8042/77.

¹⁰⁸ Las autoridades locales sí le dieron la opción de usar su apellido de soltera después del de su marido.

¹⁰⁹ *Supra*, nota al pie N° 107, pág. 206.

¹¹⁰ 12 Decisiones e Informes, julio de 1983, Solicitud 9250/81.

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 177 [traducción libre].

¹¹² Convención Europea, *supra*, nota al pie N° 1, artículo 27(2) [traducción libre].

¹¹³ *Supra*, nota al pie N° 65.

¹¹⁴ Res. A.G. 36/55, 25 de noviembre de 1981.

¹¹⁵ *Supra*, nota al pie N° 96 N° 702. Comentario página 165, Notas página 173 [traducción libre].

¹¹⁶ La Convención OIT 111, artículo 1(a) omite “idioma” y así se le deniega universalidad. Por otra parte, con frecuencia el idioma estará estrechamente asociado con raza y origen nacional o étnico.

*Inze vs. Austria*¹¹⁷, ventilado al amparo de la Convención Europea, la Corte incluyó la ilegitimidad entre los motivos de discriminación que con mayor probabilidad resultarían ser injustificados. En sus propias palabras:

“... la Corte recuerda que la Convención es un instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales... Hoy en día, los Estados miembros del Consejo de Europa asignan importancia a la cuestión de la igualdad entre los niños nacidos en el seno de un matrimonio y aquellos nacidos fuera de un matrimonio en lo que respecta a sus derechos civiles. Así queda demostrado en el Convenio Europeo sobre la Situación Jurídica de los Niños nacidos fuera del Matrimonio de 1975, actualmente en vigencia en los territorios de nueve Estados miembros del Consejo de Europa¹¹⁸ ...[incluyendo] a Austria... En consecuencia, razones de gran peso habrán de plantearse antes de que pueda considerarse que una distinción en el trato por motivo de nacimiento fuera del matrimonio es compatible con la Convención...”¹¹⁹.

El derecho internacional continúa desarrollando y ampliando la lista de aquellos motivos de discriminación que merecen un escrutinio mayor. Así lo demuestra la lista establecida en la reciente Convención de los Derechos del Niño, la que incluye la discriminación fundada en una discapacidad¹²⁰.

(4) Acción Afirmativa

La cuarta y última materia sobre la que el derecho internacional ofrece un contenido más preciso para la definición de igualdad o no discriminación pertenece al campo de (a) los programas de acción afirmativa (o, como generalmente denomina a este tema el derecho internacional, “medidas especiales” o, a veces, “medidas especiales de protección”) y (b) la acción afirmativa, en el sentido de ser positiva, del Estado.

(a) “*Medidas Especiales de Protección*”

(i) *Relación entre no discriminación y “medidas especiales de protección”*

Durante mucho tiempo, el derecho internacional se ha preocupado de la protección de las minorías¹²¹. No obstante, el sistema de protección de minorías de la Liga de las Naciones fue claramente limitado y constituyó un fracaso. En primer lugar, el mismo Pacto de la Liga de

¹¹⁷ *Supra*, nota al pie N° 60.

¹¹⁸ Obsérvese que el Consejo de Europa está integrado por 23 Estados miembros.

¹¹⁹ *Supra*, nota al pie N° 60, párrafo 41 [traducción libre].

¹²⁰ *Supra*, nota al pie N° 10, artículo 2(1).

¹²¹ Véase estudio de E. Capotorti para la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías de la ONU, titulado *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (1977). Doc ONU E/CN. 4/Sub. 2/384 (Rev. 1979). McKean, *supra*, nota al pie N° 1, págs. 20 y siguientes.

las Naciones omitió expresamente las disposiciones sobre protección de minorías y la igualdad religiosa y racial, impidiendo, en consecuencia, su aplicación general¹²².

En lo que respecta a la protección de los derechos humanos, los fracasos del sistema de la Liga tuvieron como resultado la adopción de un énfasis distinto en la redacción de la Carta de Naciones Unidas. La promoción y el fomento del respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales representaron una finalidad central para las Naciones Unidas¹²³. Paralelamente, la Carta de la ONU, y posteriormente la Declaración Universal, se centraron en los derechos individuales y en el principio de no discriminación, omitiendo toda referencia a las minorías.

Si bien la opinión generalizada en ese tiempo era que la protección especial a las minorías era innecesaria, dado el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, la preocupación específica por la protección de minorías llevó a las Naciones Unidas a realizar actividades adicionales¹²⁴. En 1947, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas formó una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. En 1950, la Subcomisión presentó un artículo relativo a la protección de minorías para su inclusión en el proyecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión de Derechos Humanos aprobó esta propuesta en 1953 con una sola modificación y finalmente la incorporó como el artículo 27 en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto incluye por lo tanto una disposición sobre igualdad en su artículo 26 y una protección especial de minorías en el artículo 27, que establece:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

La promulgación de los artículos 26 y 27 indica una conclusión en el ordenamiento jurídico internacional que recoge el Relator Capotorti de la Subcomisión en un estudio sobre Derechos de las Personas que Pertenecen a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas y que señala que: “la prevención de la discriminación por una parte y la implementación de medidas

¹²² Véase en Tratado Polaco, Liga de Naciones, Doc. C.L. 110 (1923) i.43, un ejemplo de las disposiciones de la Liga en esta materia.

¹²³ El artículo 1(2) de la Carta de Naciones Unidas, *supra*, nota al pie N° 13, establece:

“Los propósitos de las Naciones Unidas son: ... (2) Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

El artículo 1(3) de la Carta de Naciones Unidas establece:

“Los propósitos de las Naciones Unidas son: ... (3) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

¹²⁴ Louis B. Sohn, *The Rights of Minorities*, en Henkin, *supra*, nota al pie N° 1, págs. 271-8; McKean, *supra*, nota al pie N° 1, pág. 53.

especiales para proteger a las minorías por la otra no son más que dos aspectos de un mismo problema: el de asegurar completamente la igualdad de derechos a todas las personas¹²⁵.

Tratados posteriores contemplaron disposiciones relativas a la no discriminación y también a ciertas medidas especiales de protección, y se preocuparon de asegurar su compatibilidad. Así, por ejemplo, el Convenio de la OIT relativo a la Discriminación (en materias de Empleo y Ocupación) (Nº 111)¹²⁶ considera que ciertas medidas especiales de protección o asistencia no constituyen discriminación¹²⁷. La Convención sobre Discriminación Racial¹²⁸ y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer también consideran explícitamente que ciertas medidas especiales no son discriminatorias. La Convención sobre la Discriminación contra la Mujer explicita el vínculo que existe entre las medidas de protección especial y la prevención de la discriminación o implementación de la igualdad. El artículo 4(1) establece lo siguiente:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal *encaminadas a acelerar la igualdad de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”¹²⁹.

En consecuencia, las medidas especiales pueden estar orientadas a lograr la igualdad y, mientras no se logre ese objetivo, no implican discriminación¹³⁰. Según establece el Comentario General acerca de la no discriminación del Comité de Derechos Humanos: “...en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”¹³¹.

(ii) ¿Qué es una “medida especial” coherente con la no discriminación?

El derecho internacional sugiere una serie de características necesarias que debe cumplir una “medida especial” a fin de ser coherente con el principio de igualdad o no discriminación. En primer lugar, tanto la definición de discriminación contemplada en la Convención sobre

¹²⁵ (1977) Doc. ONU E/CN. 4/Sub. 2/384/Add. 5, pág. 14 [traducción libre].

¹²⁶ *Supra*, nota al pie Nº 38. Véase *infra* la definición de discriminación.

¹²⁷ Artículo 5, Convenio OIT (Nº 111), *supra*, nota al pie Nº 38, establece:

“Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.”

¹²⁸ Artículo 1(4), *supra*, nota al pie Nº 36, establece:

“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

¹²⁹ Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie Nº 37. Énfasis agregado.

¹³⁰ Ramcharan, *supra*, nota al pie Nº 1, págs. 259-261.

¹³¹ *Supra*, nota al pie Nº 4, párrafo 10.

Discriminación Racial como la del Convenio 111 de la OIT se refieren a “preferencia” como un tipo de acto que en ciertas circunstancias puede ser discriminatorio. Por tanto, las preferencias que tienen el mismo efecto perjudicial de menoscabar la igualdad que las distinciones, exclusiones o restricciones son también discriminatorias. Únicamente aquellas preferencias que pueden considerarse medidas especiales se tendrán por no constitutivas de discriminación¹³².

En segundo lugar, el Juez Tanaka, en su opinión disidente emitida en el contexto de los tratados sobre minorías, sostuvo que las medidas para proteger a las minorías no pueden imponerse a los miembros del grupo, los que, por consiguiente, tienen la opción de aceptarlas o no¹³³.

En tercer lugar, la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, que contienen definiciones expresas de medidas especiales¹³⁴, establecen que dichas medidas deben: adoptarse para ciertos propósitos limitados, a saber, deben estar encaminadas a asegurar el adelanto con el objeto de garantizar la igualdad en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales¹³⁵ o la aceleración de la igualdad *de facto*¹³⁶; ser de carácter temporal¹³⁷; cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos propuestos, específicamente: igualdad de oportunidad y trato¹³⁸; y no entrañar el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados¹³⁹. De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha avalado la acción afirmativa cuando está orientada a eliminar condiciones que causan o perpetúan la discriminación y se adopta por un período limitado y sólo por el tiempo necesario para remediar la discriminación *de facto*¹⁴⁰.

(b) ¿Son Obligatorias las “Medidas Especiales” o las Acciones Positivas del Estado?

(i) Medidas especiales

En ocasiones, el derecho internacional convencional impone la *obligación* de adoptar medidas especiales o de crear programas de acción afirmativa. Es el caso de la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer¹⁴¹ y menos explícitamente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³² Tenet, N.: *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980). Sijthoff & Noordhoff, pág. 28.

¹³³ “Con motivo de la protección de minorías, esta protección no puede imponerse a los miembros de grupos minoritarios y, en consecuencia, ellos tienen la opción de aceptarla o no”; *supra*, nota al pie N° 32 en pág. 307 [traducción libre].

¹³⁴ Artículo 1(4), 2(2), *supra*, nota al pie N° 36; y artículo 4(1) de la Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37, respectivamente.

¹³⁵ Artículo 1(4), Convención sobre Discriminación Racial, *supra*, nota al pie N° 36.

¹³⁶ Artículo 4(1), Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37.

¹³⁷ Artículo 4(1), Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Artículo 1(4), Convención sobre la Discriminación Racial, *supra*, nota al pie N° 36; artículo 4(1), Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37.

¹⁴⁰ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 10.

¹⁴¹ Artículo 2(2), *supra*, nota al pie N° 36. Véase Lerner, *supra*, nota al pie N° 132, pág. 32. El artículo 2(2) de la Convención sobre la Discriminación Racial, *supra*, nota al pie N° 36, establece:

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), encargado de monitorear la implementación de la Convención respectiva, ha reiterado la importancia de esta obligación en sus “Recomendaciones Generales” contenidas en su informe anual. La Recomendación General número 5¹⁴² establece que:

“*Tomando en cuenta que...* sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover *de facto* la igualdad entre el hombre y la mujer, ...*Recomienda* que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.”

El Comité de Derechos Humanos ha interpretado el Pacto en el sentido de exigir programas de acción afirmativa en ciertas circunstancias. En su Comentario General sobre la no discriminación, el Comité señaló:

“...el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de la población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población...”¹⁴³

(ii) *Acción positiva del estado*

En otros casos, la jurisprudencia internacional sugiere que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para lograr la igualdad fuera del contexto de los “programas de acción afirmativa” o trato preferencial. Específicamente, hay indicaciones del Comité de Derechos Humanos y del CEDAW en cuanto a que la implementación de la igualdad exige en ocasiones medidas positivas del Estado.

“Los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

El artículo 3 de la Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, *supra*, nota al pie N° 37, establece que:

“Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”

¹⁴² Sesión VII, 1988, A/43/38, (1988), pág. 109.

¹⁴³ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 10.

El Comité de Derechos Humanos ha emitido diversas declaraciones en sus Comentarios Generales con respecto a la necesidad de medidas positivas del Estado. En un Comentario General de 1981, el Comité señaló:

“El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige *que los Estados Partes realicen actividades concretas* para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Ello se desprende claramente de varios artículos ... pero, en principio, dicho compromiso se refiere a todos los derechos reconocidos en el Pacto”¹⁴⁴.

El Comité interpretó, en términos aún más categóricos, el artículo 3, el cual establece la igualdad de derechos para hombres y mujeres¹⁴⁵, como también el artículo 2(1), que establece la obligación de respetar los derechos del Pacto “sin distinción alguna...” y el artículo 26, como exigentes de medidas positivas. En sus palabras:

“En primer lugar, el artículo 3 – así como el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 en la medida en que éstos tratan principalmente de la prevención de la discriminación por varios motivos, uno de los cuales es el sexo – *requiere no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos*”¹⁴⁶.

El Comité señaló que “esto no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes” y emplazó a los Estados Partes a entregar información en sus posteriores informes acerca de las medidas “...que se han adoptado o se están adoptando para cumplir las obligaciones precisas y positivas que establece el artículo 3...”¹⁴⁷. Al leer las disposiciones del Pacto, en conjunto con su artículo 2, el Comité también ha exigido medidas positivas respecto de otros derechos¹⁴⁸.

Luego, en 1989, en un Comentario General acerca de la no discriminación, el Comité señaló:

¹⁴⁴ Comentario General 3/31, A/36/40, (1981) pág. 109. Énfasis agregado.

¹⁴⁵ El artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *supra*, nota al pie N° 3, establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”

¹⁴⁶ Comentario General 4/13, párrafo 2, pág. 109, *supra*, nota al pie N° 144. Parece probable que aquí el término “acción positiva” se está usando en el sentido de actos “positivos”, entre los cuales los “programas de acción afirmativa” son una de sus posibles manifestaciones. Énfasis agregado.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Véase Comentario General 7 (16), A/37/40 (1982); el artículo 2(2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *supra*, nota al pie N° 3, establece: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

“El Comité desea señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que en ciertos casos el Pacto les exige expresamente que tomen medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 23 estipula que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Las medidas que se adopten podrán ser de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo, pero los Estados Partes tienen la obligación positiva de asegurarse de que los esposos tengan igualdad de derechos, como lo exige el Pacto. En lo que respecta a los hijos, el artículo 24 dispone que todo niño, sin discriminación alguna ... tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”¹⁴⁹.

Sus comentarios establecen claramente que la implementación adecuada de la igualdad de los derechos contemplados en el Pacto exigirá medidas positivas del Estado.

El CEDAW también ha formulado recomendaciones generales que indican que su posición, con respecto a que la Convención impone obligaciones positivas orientadas a lograr la igualdad. En 1988, el CEDAW señaló en la Recomendación General Número 8¹⁵⁰:

“El Comité... *Recomienda* a los Estados Partes que adopten otras medidas directas de conformidad con el artículo 4 de la Convención a fin de conseguir la plena aplicación del artículo 8 de la Convención y garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, las oportunidades de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en las actividades de organizaciones internacionales.”

El CEDAW ha planteado también propuestas específicas en cuanto a las acciones positivas del Estado que serían adecuadas para aplicar efectivamente las disposiciones de la Convención. En el contexto del derecho de igualdad de remuneraciones por un trabajo de igual valor, el CEDAW recomendó que los Estados Partes¹⁵¹:

“Consideren la posibilidad de estudiar, fomentar y adoptar sistemas de evaluación del trabajo sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo que faciliten la comparación del valor de los trabajos de distinta índole en que actualmente predominen las mujeres con los trabajos en que actualmente predominen los hombres... Apoyen, en lo posible, la creación de mecanismos de aplicación y fomenten los esfuerzos de las partes en los convenios colectivos pertinentes por lograr la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.”

La Corte Europea de Derechos Humanos ha formulado comentarios similares a los del Comité de Derechos Humanos en el contexto de definir los derechos contemplados en la Convención Europea. Ha señalado que en ciertas circunstancias la pasividad por parte del

¹⁴⁹ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 5.

¹⁵⁰ Sesión VII, 1988, A/43/38 (1988), pág. 111.

¹⁵¹ Recomendación General N° 13, Sesión VIII, 1989, A/44/38 (1989), pág. 82.

Estado no es suficiente. Por ejemplo, el caso *Marckx* involucraba el derecho al respeto de la vida familiar¹⁵² y legislación que, *inter alia*, contenía distintas normas relativas a los derechos de sucesión de los niños ilegítimos. La Corte sostuvo:

“la finalidad del artículo es “esencialmente” la de proteger al individuo de injerencias arbitrarias por parte de autoridades públicas. No obstante, no se limita solamente a obligar al Estado a abstenerse de dicha injerencia; además de esta obligación principalmente negativa, también podrían haber obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo por la vida familiar”¹⁵³.

La mayoría de los integrantes de la Corte sostuvo que existía una violación al artículo 14, considerado en conjunto con el artículo 8, y declaró que en tales circunstancias estas obligaciones positivas exigían “...la existencia en la ley interna de salvaguardas legales que, a contar del nacimiento, posibiliten la integración del niño a la familia”¹⁵⁴.

El caso *Airey* involucró el derecho de acceso a un tribunal¹⁵⁵ y el derecho al respeto de la vida familiar de una mujer que no podía solventar los costos de tramitar un decreto de separación judicial. La Corte sostuvo de manera similar que:

“el acto de entorpecer, de hecho, puede contravenir la Convención de la misma manera que un impedimento legal. Además, el cumplimiento de una obligación contraída en virtud de la Convención exige, en ocasiones, algún tipo de acción positiva del Estado; en tales circunstancias, el Estado no puede simplemente permanecer pasivo y ‘... aquí no cabe distinción posible entre acción y omisión’”¹⁵⁶.

En *X e Y vs. los Países Bajos*¹⁵⁷, una niña de 16 años con discapacidad mental que vivía en un hogar privado para niños con discapacidad mental fue obligada a tener relaciones sexuales con un hombre que era pariente del operador del hogar. Su padre intentó entablar una querrela y solicitar la institución de acciones penales en nombre de la niña. El fiscal decidió no iniciar acciones contra el agresor, a condición de que éste no cometiera un delito similar en los siguientes dos años. La Corte de Apelaciones luego dictaminó que la única disposición procedente del Código Penal exigía que fuese la propia víctima quien presentase la querrela, lo que en este caso era imposible y como resultado de ello no pudo apelarse la resolución del fiscal. La Corte Europea sostuvo que la ausencia de disposiciones penales

¹⁵² Artículo 8(1), Convención Europea de Derechos Humanos, *supra*, nota al pie N° 1.

¹⁵³ *Marckx*, *supra*, nota al pie N° 12, párrafo 31 [traducción libre].

¹⁵⁴ *Ibid.* [traducción libre].

¹⁵⁵ Artículo 6(1), *supra*, nota al pie N° 1.

¹⁵⁶ *Airey vs. Irlanda*, 9 de octubre de 1979. Volumen 32, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 25. Véase también párrafo 32, (artículo 50 decisión relativa a reparaciones, *Airey vs. Irlanda*, 6 de febrero de 1981. Volumen 41, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos). La reparación en este caso consistió en lo siguiente: En un avenimiento con la reclamante, el gobierno irlandés aceptó cubrir todos sus futuros costos y gastos legales razonablemente incurridos en la obtención de un recurso de separación legal ante los tribunales irlandeses. La Corte tomó nota del avenimiento y decidió que era “justo”. Adicionalmente, la Corte ordenó al gobierno que pagara 3.140 libras como indemnización por ansiedad mental.

¹⁵⁷ 26 de marzo de 1985, Volumen 91, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos.

aplicables a estas circunstancias¹⁵⁸ conllevaba una violación al artículo 8, el que establece que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”¹⁵⁹. La Corte señaló:

“... si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente la de proteger a las personas de injerencias arbitrarias por parte de autoridades públicas, no se limita solamente a obligar al Estado a abstenerse de dicha injerencia; además de esta obligación principalmente negativa, también podrían haber obligaciones positivas inherentes en el “respeto” efectivo por la vida familiar... Estas obligaciones pueden entrañar la adopción de medidas diseñadas para garantizar el respeto por la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones interpersonales”¹⁶⁰.

Con mayor especificidad, la Corte sostuvo que “...la protección que ofrece la ley civil en el caso de un agravio del tipo infligido a la Srta. Y es insuficiente”¹⁶¹. Si bien sólo el caso *Marckx* se resolvió en el contexto del artículo 14, estos tres casos demuestran que la protección adecuada de los derechos y libertades contemplados en la Convención *exigirán*, en ocasiones, que el Estado adopte medidas positivas.

Esta obligación positiva, en las palabras del caso *X e Y*, se aplicaría “incluso en la esfera de las relaciones interpersonales”¹⁶². La declaración puntualiza que la obligación de los Estados Partes de adoptar acciones positivas para lograr la igualdad está estrechamente vinculada con la cuestión de si las respectivas convenciones afectan las relaciones entre particulares. Si un particular viola el derecho a la no discriminación, ¿tiene el Estado la obligación de proporcionar una acción de reparación? El derecho internacional tradicional, que se estimaba regía las relaciones entre los Estados, habría entregado una respuesta negativa. Pero el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desafía las viejas suposiciones porque se aplica a las obligaciones que asumen los Estados para proteger los derechos y las libertades individuales. ¿Es la obligación de proteger esos derechos y libertades de la contravención por otras personas parte de la responsabilidad internacional que ha contraído el Estado?

Ante esta pregunta, es posible citar algunas respuestas positivas formuladas recientemente por organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de normas de no discriminación, aunque ellas no son pronunciamientos generales. En primer lugar, CEDR ha emitido una opinión relativa a la supuesta violación del artículo 5(e)(i) de la Convención¹⁶³. CEDR estableció que este artículo – que garantiza la igualdad ante la ley con respecto al derecho al trabajo y la protección contra el desempleo – había sido violado cuando la reclamante fue despedida a través de la sentencia de un tribunal que actuó a solicitud de su empleador. La solicitud del empleador se fundaba, claramente, en motivos discriminatorios para despedirla, pero la decisión del tribunal no hizo referencia alguna a los fundamentos discriminatorios de dicha solicitud. A modo de reparación, CEDR sugirió que el Estado

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 27.

¹⁵⁹ *Supra*, Convención Europea de Derechos Humanos, nota al pie N° 1.

¹⁶⁰ *Supra*, nota al pie N° 157, párrafo 23 [traducción libre].

¹⁶¹ *Supra*, nota al pie N° 157, párrafo 27 [traducción libre].

¹⁶² *Supra*, nota al pie N° 160 [traducción libre].

¹⁶³ *Yilmaz Dogan vs. los Países Bajos*. Comunicación N° 1/1984, A/43/18 (1988), pág 59.

ayudase a la reclamante a conseguir un empleo o le proporcionase otra reparación equitativa en caso de que se mantuviese desempleada. A pesar de que su despido había sido consecuencia última de una orden judicial (o de la acción de un órgano del Estado), el caso sugiere que el Estado Parte tiene una responsabilidad de proteger a las personas de la discriminación cuando se encuentran empleadas por privados. Adicionalmente, la reparación significó intentos por conseguir a la reclamante un puesto de trabajo alternativo a pesar del hecho de que el Estado no había sido su empleador.

En segundo lugar, en su Comentario General acerca de la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos emplaza a los Estados Partes: "...el Comité quisiera saber si sigue existiendo algún problema de discriminación de hecho, practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados. El Comité desea ser informado acerca de las disposiciones legales y medidas administrativas encaminadas a reducir o eliminar tal discriminación"¹⁶⁴. Lo anterior sugiere que el Comité estima que los Estados Partes del Pacto tienen la obligación de garantizar protección contra la discriminación por parte de privados. Esta obligación podría entrañar, por ejemplo, la introducción de legislación anti-discriminación orientada a privados y que contenga normas de no discriminación aplicables a contextos tales como alojamiento, prestación de servicios y empleo.

En tercer lugar, como se mencionara anteriormente, CEDAW ha formulado una recomendación general en cuanto a que, para aplicar la disposición de igualdad de remuneración en trabajos de igual valor, los Estados Partes deben adoptar sistemas de evaluación laboral, apoyar la creación de mecanismos de aplicación y fomentar los esfuerzos de las partes hacia convenios colectivos para lograr la aplicación del principio¹⁶⁵. En esta recomendación, el término "partes" no se limitaba a empleados fiscales.

Por otra parte, sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos no ha admitido casos relativos a este mismo asunto. Por ejemplo, la Comisión rechazó la solicitud de una mujer que había sido despedida por su empleador luego de que ella formulara un reclamo por acoso sexual de parte de un compañero de trabajo¹⁶⁶. No obstante, el caso parece incongruente con el de *X e Y* visto por la Corte Europea. Si en ocasiones debe poder recurrirse a la ley penal en circunstancias en que el goce de derechos y libertades ha sido menoscabado por un particular, parecería entonces que al menos debiera ser posible tener acceso a los recursos de la ley civil en circunstancias menos dramáticas.

CONCLUSIONES

Como señalé al inicio, el derecho internacional contiene formas múltiples y diversas del principio de igualdad y no discriminación. Algunas disposiciones de igualdad son autónomas, otras subordinadas; algunas son abiertas, otras restringidas y otras no enumeran ningún motivo; algunas se refieren a la igualdad ante la ley, otras a la igualdad de protección, o a la discriminación o bien a la distinción; algunas especifican contextos tales como el empleo o la

¹⁶⁴ *Supra*, nota al pie N° 4, párrafo 9.

¹⁶⁵ Véase *supra*, nota al pie N° 151.

¹⁶⁶ Solicitud N° 12597/86, 8 de mayo de 1987, inédita. Véase Buquicchio-de Boer. M. *Sexual Equality in the European Convention on Human Rights: A Survey of Case-Law*, 1989. Documento Consejo de Europa EG (89) 3, págs. 21-22.

educación, otras no lo hacen; algunas contienen definiciones de discriminación, otras no; algunas permiten medidas especiales de protección, otras no las explicitan. Esta variación ha dirigido la atención hacia los problemas que encierra la definición de igualdad o principio de no discriminación, para los cuales las diversas fuentes del derecho internacional sí entregan resultados sustantivos y consistentes. Desde el punto de vista holístico, si bien no existe una única fuente para estas conclusiones, podríamos resumir los retazos de definición coherentes del concepto de igualdad de trato o no discriminación que existen en el derecho internacional de la siguiente manera:

- No todas las diferencias de trato son discriminatorias o bien la igualdad no significa trato idéntico.
- Una distinción es discriminatoria (a) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (b) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Al menos cuando se trate de distinciones fundadas en la raza (incluyendo el color de la piel y el origen nacional o étnico), el sexo y la religión, será más difícil establecer la legitimidad del fin y la razonabilidad de la relación entre el fin y los medios empleados para lograrlo.
- Las creencias tradicionales o prejuicios locales no se aceptan como justificación razonable de un trato diferente.
- El propósito o intención discriminatorio no es un requisito de la discriminación.
- Las preferencias podrían ser discriminatorias si tienen el efecto de menoscabar la igualdad.
- La no discriminación se aplica a todos los actos estatales, independientemente de si dichos actos son exigidos por el derecho internacional.
- Las medidas especiales o acciones afirmativas serán coherentes con la igualdad o no discriminación siempre y cuando: se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo; se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad; sean temporales; se discontinúen cuando se haya alcanzado el objetivo; no entrañen la mantención de estándares desiguales o separados.
- Las medidas positivas del Estado y, en ciertos casos, la acción afirmativa o trato preferencial, son necesarias, en ocasiones, con el fin de que el Estado pueda cumplir con su obligación de respetar la igualdad.
- La necesidad de medidas positivas del Estado se puede ampliar a la protección de las personas de impedimentos a la igualdad impuestos por terceros particulares.