

A, BAYEFSKY. "El principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional".

Originalmente publicado en Human Rights Law Journal, Vol.11, N°1-2, 1990. pp.23-33.

Extracto seleccionado para el curso de postítulo.

*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.