



**Consejo Económico  
y Social**

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2000/11  
19 de junio de 2000

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
Subcomisión de Promoción y Protección  
de los Derechos Humanos  
52º período de sesiones  
Tema 3 del programa provisional

EXAMEN AMPLIO DE CUESTIONES TEMÁTICAS RELATIVAS A  
LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

El concepto y la práctica de la acción afirmativa

Informe preliminar presentado por el Relator Especial, Sr. Marc Bossuyt,  
de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN .....	1 - 3	2
I. EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL .....	4 - 40	2
II. LÍMITES ESTABLECIDOS A LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA .....	41 - 83	16
A. Prohibición de la discriminación .....	42 - 65	16
B. Las medidas de acción afirmativa han de ser temporales .....	66 - 83	24
<u>Anexo:</u> Cuestionario sobre la acción afirmativa .....		30

## INTRODUCCIÓN

1. En virtud de su decisión 1999/106, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, recordando su resolución 1998/5 y tomando nota de la resolución 1999/81 de la Comisión de Derechos Humanos, y de la decisión 1999/253 del Consejo Económico y Social, decidió renovar su autorización al Relator Especial sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa para que pida a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que envíe un cuestionario a los gobiernos, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales, invitándoles a que proporcionen toda la documentación nacional pertinente sobre el tema de la acción afirmativa.
2. El 6 de junio de 2000, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos envió el cuestionario (anexo) a los gobiernos y a las organizaciones internacionales y no gubernamentales.
3. Como no cabe esperar que los gobiernos puedan responder al cuestionario que les ha sido enviado con margen de tiempo tan reducido, el presente informe preliminar comienza con una primera sección centrada en un análisis de los convenios internacionales que contienen disposiciones relativas al concepto de acción afirmativa y una segunda sección, basada fundamentalmente en el examen de la doctrina jurídica, sobre los límites que el derecho internacional impone a las medidas de acción afirmativa.

### I. EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

4. En derecho internacional se utiliza generalmente el término "medidas especiales" para hacer referencia a la acción afirmativa. La primera alusión a esas "medidas especiales" fue formulada por el Gobierno de la India durante la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La India sugirió que se incluyera un párrafo explicativo en el texto del artículo 2 que especificara lo siguiente:

"Las medidas especiales para el adelanto de cualquier sector de la sociedad, atrasado desde el punto de vista social y educativo, no se considerarán como una distinción a los efectos del presente artículo. Alternativamente, la Comisión podría desear incluir en su informe una declaración para que quedara clara esa interpretación."<sup>1</sup>

5. El representante de la India señaló que la aplicación de los principios de no discriminación suscitaba ciertos problemas en el caso de los grupos especialmente atrasados que aún podían hallarse en muchos países subdesarrollados. En su país, la Constitución y las leyes establecían ciertas medidas especiales para fomentar el progreso social y cultural de esos grupos. Era fundamental adoptar medidas de ese tipo a fin de lograr una verdadera igualdad social en sociedades muy heterogéneas. Como estaba seguro de que los autores del proyecto de pacto no tenían intención de prohibir esas medidas, que eran, en realidad, medidas de protección, consideraba por ello esencial dejar bien sentado que ese tipo de medidas protectoras no se

---

<sup>1</sup> Documento de las Naciones Unidas, A/C.3/SR.1182, párr. 17.

interpretarían como una discriminación en el sentido utilizado en el párrafo. Terminó por retirar su propuesta, aunque contó con el apoyo explícito de otros representantes. Sin embargo, se estimó que la mejor manera de soslayar la dificultad experimentada por el representante de la India consistiría en incluir una declaración interpretativa en las actas de la Comisión, en vez de añadir otro párrafo al proyecto de pacto<sup>2</sup>.

6. Según Craven, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no prevé una equiparación absoluta de los resultados en el sentido de lograr una distribución igualitaria de los beneficios materiales a todos los miembros de la sociedad. Sí reconoce, en cambio, un proceso de igualación en el que se redistribuyan los recursos sociales con objeto de satisfacer los derechos básicos de todos los miembros de la sociedad, partiendo del principio de igualdad de oportunidades<sup>3</sup>. En su primera Observación general, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que el primer paso para promover la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto es el diagnóstico y conocimiento de los sectores más desfavorecidos de la población, que deben ser los destinatarios de las medidas estatales de acción positiva tendentes a lograr la plena realización de sus derechos<sup>4</sup>.

7. La idea de igualdad de oportunidades ha quedado plasmada con mayor claridad en el apartado c) del artículo 7 y en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto. En el apartado c) del artículo 7, en especial, se estipula que las únicas consideraciones legítimas en el ámbito de la igualdad de oportunidades para el ascenso en el empleo son los factores de antigüedad en el servicio y competencia. Craven sostiene que parecería como si los Estados tuvieran la obligación de eliminar todos los demás obstáculos al ascenso que pudieran existir tanto de derecho como de hecho. En concreto, quizá fuera necesario adoptar medidas positivas para potenciar las oportunidades de aquellos grupos de la sociedad que no están suficientemente representados en los puestos administrativos de categoría superior. El apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 estipula que la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno. Los párrafos 2 y 3 del artículo 10 del Pacto, en que se disponen medidas especiales de protección para las madres antes y después del parto, y para los niños, sobre todo en el lugar de trabajo, confirman que pueden adoptarse medidas de acción afirmativa que beneficien a determinados grupos de la sociedad.

8. Sin embargo, Craven agrega que todos los artículos parecen excluir la posibilidad de imponer cuotas en el contexto del ascenso en el empleo y el acceso a la enseñanza superior. Queda prohibida la concesión de ventajas por otros motivos que no sean la antigüedad en el servicio, la competencia y la capacidad. Craven opina, con todo, que podría defenderse la aplicación de sistemas de cuotas en cada caso partiendo de la base de que la formulación de los artículos está abierta al concepto de "logro progresivo". Así pues, cabría justificar un sistema en el que se reservase un porcentaje de matrícula en la enseñanza superior a los estudiantes de un

---

<sup>2</sup> Documento de las Naciones Unidas, A/C.3/SR.1183, párrs. 12 y 29.

<sup>3</sup> M. Craven The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, a perspective on its development, Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 158.

<sup>4</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 1, párr. 3, documento de las Naciones Unidas, HRI/GEN/Rev.4 (2000).

determinado grupo, si se pudiera demostrar que contribuye en última instancia a la consecución de un acceso en pie de igualdad sobre la base de la capacidad, en alguna etapa ulterior. Aun cuando así sea, el hecho de que consideraciones más amplias de utilidad social no puedan alegarse como justificación equivale a que las posibilidades de imponer cuotas con respecto a la enseñanza superior y al empleo son estrictamente limitadas.

9. También revisten especial interés las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Observación general N° 5 incluye la "discapacidad" entre los motivos que justifican un trato especial. En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no figura ninguna disposición relacionada de forma explícita con la discapacidad, debido probablemente a la falta de conciencia del problema, pero en su Observación general, el Comité declaró con toda claridad:

"La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente."<sup>5</sup>

10. En la Observación general N° 13, se afirma que la adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas. Por ello, en algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para ciertos grupos no constituye una violación del Pacto<sup>6</sup>.

11. Cuando la Tercera Comisión de la Asamblea General examinó las disposiciones de no discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el representante de la India volvió a plantear la misma cuestión y sugirió que el párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de pacto fuera seguido de un párrafo explicativo que dijera: "Las medidas especiales que se adopten para el adelanto de cualquier sector de la sociedad, atrasado desde el punto de vista social y educativo, no se considerarán como una distinción a los efectos del presente artículo".

12. Señaló que, debido al trato recibido en épocas pasadas o a otras circunstancias históricas, se le debía conceder a un sector determinado de la población mayores privilegios y protección

---

<sup>5</sup> Ibíd, Observación general N° 5, párr. 9.

<sup>6</sup> Ibíd, Observación general N° 13, párrs. 32 y 33.

sólo durante un período determinado, a fin de promover los derechos de sus integrantes a restablecer su igualdad, y de crear una situación en la que ya no se precisase de disposiciones de esa clase y existieran oportunidades idénticas para todos. Si la Comisión no era partidaria de la inserción de dicho párrafo en el proyecto de pacto, podría incluirse en el informe de la Comisión un pasaje de contenido similar. La Comisión apoyó una vez más la alegación del representante de la India y declaró que dicha interpretación debía mencionarse especialmente en el informe, dado que no había suscitado objeción alguna<sup>7</sup>. Se formularon opiniones análogas en relación con el artículo 26<sup>8</sup>.

13. En su Observación general sobre el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituye una cláusula general de no discriminación, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

"el principio de la 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 su 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. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto."<sup>9</sup>

14. La práctica del Comité de Derechos Humanos ha corroborado su observación sobre las medidas de acción afirmativa. Durante el examen de un informe de Suecia, se recordó que el artículo 26 no se refiere solamente a la igualdad ante los tribunales sino también a una igual protección de la ley:

"El artículo 26 del Pacto se refiere no solamente a los aspectos negativos o pasivos de la prevención de la discriminación a través de las garantías de la igualdad ante la ley (un aspecto ya abarcado por el artículo 14 del Pacto) sino también al aspecto positivo de una " activa protección contra la discriminación" en los varios puntos enumerados."

---

<sup>7</sup> Documentos de las Naciones Unidas, A/C.3/SR.1257, párr. 18; A/C.3/SR.1258, párrs. 18, 38, 45 y 47; A/C.3/SR.1259, párr. 33. Véase M. Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 55.

<sup>8</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/SR.122, págs. 8 y 11.

<sup>9</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18, párr. 10, en HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

15. El representante del Gobierno de Suecia señaló que convenía "en que el artículo 26 exige la adopción de medidas positivas para la eliminación de la discriminación y no solamente medidas pasivas de prevención"<sup>10</sup>.

16. En el caso Stalla Costa c. el Uruguay, el autor protestaba por el trato preferencial que recibían los antiguos funcionarios públicos que habían sido despedidos de forma arbitraria por razones ideológicas, políticas o gremiales, y a los que luego se había restituido en sus cargos. El autor manifestaba que este trato preferencial tenía repercusiones desfavorables en sus propias posibilidades de obtener un empleo en la administración pública. Se llegó a la conclusión de que la presunta discriminación era una acción afirmativa permisible a favor de un grupo anteriormente perjudicado. El Comité consideró que la ley que concedía dicho trato preferencial era una "reparación" para las personas que habían sido previamente víctimas de violaciones del artículo 26 del Pacto<sup>11</sup>.

17. En el caso Ballantyne, Davidson y McIntyre c. el Canadá, el Comité opinó que, para proteger la vulnerable posición del grupo de habla francesa en el Canadá no era necesario prohibir los anuncios comerciales en inglés. Esa protección podía lograrse por otros medios que no impidieran la libertad de expresión, en el idioma que eligieran, de los que se dedicaban a actividades como el comercio<sup>12</sup>. Por ello, se consideró que la medida de acción afirmativa en este caso había ido demasiado lejos, pues no guardaba proporción con su finalidad.

18. De los Pactos cabe inferir lo siguiente. Cuando se redactaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se aceptó en términos generales que la prohibición de la discriminación y de la distinción respectivamente no excluían la adopción de medidas de acción afirmativa en pro de los grupos más desfavorecidos. Reinaba un amplio acuerdo en el sentido de que la prohibición sólo se refería a distinciones de carácter discriminatorio carentes de objetivo o de base razonable. Además, prácticamente todos aceptaban también que igualdad no significaba identidad de trato y que había casos en que estaba justificado que la ley hiciera distinciones entre individuos o grupos.

---

<sup>10</sup> Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/SR.189, párrs. 15 y 16. J. J. Paust ("The permissibility of affirmative action in higher education under human rights law", New York City Law Review, 1998, págs. 95 y 96) coincide en que debe interpretarse una "igual protección" de manera que permita ciertos grados de acción afirmativa a fin de promover una "protección" "igual" y efectiva contra la discriminación.

<sup>11</sup> Comunicación N° 198/1985, en Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, vol. 2 (Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.89.XIV.1).

<sup>12</sup> Comunicación N° 385/1989, en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 70 (A/48/40), vol. II, anexo XII, sec. P.

19. Por ello, según Thornberry, cabe concluir que el concepto de acción afirmativa no es contrario al derecho dimanante de los Pactos<sup>13</sup>. En esta misma línea, Vijapur alega que el principio de no discriminación en la legislación internacional de derechos humanos implica claramente un trato compensatorio desigual a individuos y grupos que no difieren de la mayoría por su nacionalidad, idioma o religión, sino sólo por su retraso social y económico. Para llegar a esta conclusión se apoya en la inclusión de cláusulas especiales de protección en los instrumentos de derechos humanos<sup>14</sup>. Algunos autores creen incluso que lo esencial de las observaciones generales reside en la obligatoriedad de las medidas de acción afirmativa para cumplir los principios establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en materia de no discriminación<sup>15</sup>. Cabe destacar, sin embargo, que en ninguno de los dos Pactos se ha reconocido explícitamente el carácter obligatorio de las medidas de acción afirmativa<sup>16</sup>. Tampoco se ha definido la forma que deben adoptar las medidas de acción afirmativa ni las circunstancias en que han de tomarse, debido a la complejidad del tema.

20. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sido una de las pioneras en la utilización de convenios de carácter fundamentalmente promocional para plasmar objetivos y políticas concretos. La OIT ha establecido también objetivos que deben alcanzarse, a tenor del principio de igual remuneración para un trabajo de igual valor, incorporados a la Constitución de la OIT, y de la igualdad de todos los seres humanos, sin distinción alguna por motivo de raza, ideología o género, como se proclamó en la Declaración de 1944 relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de la OIT aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en Filadelfia.

---

<sup>13</sup> P. Thornberry, International Law and the Rights of Minorities, Oxford, Clarendon Press, 1991, pág. 284. Refiriéndose al párrafo 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y al párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que sí contienen declaraciones explícitas acerca de la legitimidad de medidas de acción afirmativa, señala que una interpretación contraria en el contexto de los Pactos equivaldría a una extraordinaria falta de congruencia.

<sup>14</sup> A. P. Vijapur, "The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept", India Quartely, A journal of international affairs, 1993, pág. 91.

<sup>15</sup> A. F. Beyafsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", Human Rights Law Journal, 1990, pág. 27; Lord Lester of Herne Hill y S. Joseph, "Obligations of non-discrimination", en D. Harris y S. Joseph (eds.), The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law, Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 579.

<sup>16</sup> Si bien lo admite M. Craven (op. cit., nota 3, pág. 186) alega que, aunque el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce implícitamente una obligación por medio del requisito de que los Estados centren su atención en la situación de los grupos vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, se trata no obstante de una cuestión que convendría aclarar en una futura observación general.

21. El Convenio (Nº 111) de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, que se orienta fundamentalmente a la lucha contra la discriminación racial, pero que puede aplicarse a otras formas de discriminación también, compromete a todos los Estados miembros a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a ese respecto, a promulgar leyes de esa índole y a tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y las sindicales y las de otros organismos pertinentes (arts. 2 y 3). El artículo 5 es uno de los primeros artículos de un tratado internacional que autoriza expresamente "medidas especiales de protección o asistencia" destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. Se afirma claramente que dichas medidas no se consideran discriminatorias.

22. En 1960, se aprobó una Convención similar en el marco de la UNESCO aplicable a la educación. La Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza define, en su artículo 1, como discriminación, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos. Sin embargo, en su artículo 2, matiza esa prohibición. Permite: i) sistemas de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino sobre una base equivalente; ii) sistemas de enseñanza separados por motivos de orden religioso o lingüístico, que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, con carácter facultativo y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a determinadas normas; iii) establecimientos de enseñanza privados, siempre que su finalidad no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, bajo ciertas condiciones. Este artículo no hace referencia a medidas especiales de discriminación favorable, sino que se limita a determinar en qué circunstancias no se considerará que la existencia de sistemas de enseñanza separados constituya una discriminación. Además, no prevé explícitamente escuelas públicas especiales.

23. El artículo 5 de esa misma Convención gira en torno al derecho de los miembros de minorías nacionales a ejercer actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de enseñar su propio idioma, siempre y cuando ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa a la soberanía nacional. Además, el nivel de enseñanza en esas escuelas no deberá ser inferior al nivel general y la asistencia a tales escuelas será facultativa. Los Estados Partes se comprometen a tomar todas las disposiciones necesarias para garantizar la aplicación de ese derecho, pero no se hace alusión a que el Estado tenga la obligación de prestar asistencia financiera o de otra índole al grupo. Thornberry lo califica no tanto de libertad positiva como de libertad negativa<sup>17</sup>. En la labor preparatoria se indica también

---

<sup>17</sup> Thornberry afirma además que esa posición queda reforzada por el apartado d) del artículo 3 de la Convención, por el que los Estados se comprometen a "no admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado". Opina que la igualdad y la no discriminación prometidas en la Convención a los grupos minoritarios es la igualdad y no discriminación ofrecida al



que las medidas especiales encaminadas a hacer frente a las necesidades específicas de las personas en determinadas circunstancias, como los niños deficientes, los ciegos, los inmigrantes y las poblaciones analfabetas no son preferencias "injustificadas", sino que servirían más bien para situar a las personas desfavorecidas en condiciones de auténtica igualdad<sup>18</sup>.

24. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial, aprobada en 1966, aborda en el párrafo 4 de su artículo 1 la denominada "discriminación favorable": las medidas tomadas en pro de determinados grupos raciales o étnicos o de ciertas personas con objeto de garantizarles el disfrute o ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales:

"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."

25. Este párrafo debe leerse junto con el párrafo 2 del artículo 2 de esa misma Convención que impone a los Estados Partes la obligación de tomar medidas especiales 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. Se ha tenido buen cuidado en aclarar que la protección de ciertos grupos no constituye una discriminación, siempre que esas medidas no se mantengan después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

26. Ambos artículos tienen su origen en el párrafo 3 del artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada en 1963. La razón de que la Convención haya abordado en dos ocasiones el mismo problema estriba en que, mientras que el artículo 1 define la discriminación y su párrafo 4 hace referencia a un caso en el que la aplicación de un trato diferente no debe considerarse discriminatoria, el artículo 2 versa sobre los derechos que la Convención impone a los Estados Partes; ambos insisten en el carácter temporal de las medidas especiales, reacción inspirada en el sistema de apartheid que existía en aquella época. En el debate en torno al párrafo dedicado a las medidas

---

conjunto de la comunidad sin tener en cuenta las diferencias culturales. En cualquier conflicto por violación de los derechos derivado de una interpretación de la Convención, la balanza se inclina claramente a favor del Estado, que tiene un amplio margen para denegar su ejercicio práctico. P. Thornberry, *op. cit.* nota 13, págs. 289 y 290. Hace también referencia al documento 11C/15 de la Conferencia General de la UNESCO (véase E/CN.4/Sub.2/210) en el que, según su análisis, el artículo 5 no respalda el concepto de que los Estados tengan la obligación de crear escuelas públicas o que cuenten con el apoyo estatal.

<sup>18</sup> Documento de la UNESCO, 11C/15, anexo iii), párr. 36 y E/CN.4/Sub.2/210, anexo iii), párr. 13.

especiales, algunos representantes mostraron su preocupación por el hecho de que pudieran usarse como arma por gobiernos obsesionados con perpetuar la separación de ciertos grupos del resto de la población o con justificar el colonialismo. Sin embargo, se dejó bien claro que el objetivo no era subrayar las distinciones entre diferentes grupos raciales, sino más bien garantizar que los miembros de esos grupos pudieran integrarse en la comunidad, con objeto de alcanzar el objetivo de un desarrollo en pie de igualdad para todos los ciudadanos<sup>19</sup>.

27. Un ejemplo de la aplicación del párrafo 4 del artículo 1 fue el caso australiano de Gerhardy c. Brown, en el que se impugnó la Ley de 1978 de derechos sobre las tierras de los pitjantjatjara por considerarse una discriminación racial.<sup>20</sup> El objetivo de la Ley de derechos territoriales consistía en impedir que ninguna otra persona que no fuera un pitjantjatjara penetrara en dichas tierras, situadas al noroeste de Australia meridional, sin un permiso del colectivo de los pitjantjatjara. El acusado, Sr. Brown, era un aborigen, aunque no un pitjantjatjara y, por ello, no estaba autorizado a entrar. El Tribunal Superior Australiano sostuvo que no se trataba de una discriminación, pues se estimaba que la Ley de derechos territoriales era una medida especial compatible con el significado del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. No obstante, cinco de los siete jueces declararon que, de no existir el párrafo 4 del artículo 1, esas disposiciones habrían sido discriminatorias porque establecían una distinción entre los pitjantjatjara y los no pitjantjatjara, lo que, entre otras cosas, suponía que ser pitjantjatjara era pertenecer a una raza. Así pues, los jueces rechazaron el argumento de que la Ley de derechos territoriales reconocía meramente una propiedad tradicional y no era por consiguiente una discriminación basada en la raza, sino una respuesta razonable a una relación tradicional con la tierra.

28. Según Brown, los jueces australianos trataron el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial como si fuera auténticamente una prohibición dirigida contra cualquier discriminación oficial, guiándose por el criterio de que incluyese un elemento racial independientemente de su "legitimidad"<sup>21</sup>. De ahí se infiere que cualquier disposición que guarde relación con los aborígenes será prima facie discriminatoria a menos que pueda ser clasificada entre las "medidas especiales". Pero, en opinión de Brown, el hecho de que un criterio fundamental implique una referencia a la raza no hace que esa norma sea jurídicamente discriminatoria, siempre y cuando la referencia a la raza se sustente sobre una base objetiva y una causa razonable. Sólo cuando la referencia carezca de una causa razonable y resulte arbitraria, la norma en cuestión se convierte en discriminatoria en el

---

<sup>19</sup> Véase N. Lerner, The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, págs. 32 a 39. Thornberry, op. cit., nota 13, págs. 265 a 268. La India manifestó particularmente su firme apoyo a la inclusión de medidas especiales en el Pacto e hizo referencia a la situación de su país, en donde la Constitución autoriza expresamente medidas especiales para proteger a los grupos más retrasados, es decir, a los integrantes de las castas y tribus reconocidas.

<sup>20</sup> (1985) 57 ALR 472.

<sup>21</sup> I. Brown, "The rights of peoples in modern international law", en J. Crawford, The rights of peoples, Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 8 a 10.

sentido jurídico. En el caso de los derechos de propiedad tradicionales de los pitjantjatjara, sin embargo, hay otros dos criterios que hacen al caso, el del origen tribal y el de la propiedad tradicional. La circunstancia de que esta propiedad tradicional sea privativa de un grupo concreto de aborígenes no convierte en discriminatorio el reconocimiento de esos derechos territoriales. El reconocimiento legal cuenta con una base objetiva; no es arbitrario y sólo es discriminatorio en el sentido de que una política razonable y legítima coincide con un origen racial. En segundo lugar, las modalidades del trato diferencial no deben tener efectos desproporcionados en comparación con otros grupos. Se trata de una cuestión que debe evaluarse en relación con los hechos concretos, sobre todo en el caso del reconocimiento de derechos territoriales, en los que la restricción a la libertad de circulación plantea el tema de la proporcionalidad. Dicho de otro modo, a juicio de Brown, aunque el trato diferencial no sea discriminatorio en el sentido jurídico, las modalidades y el método de aplicación pueden ser arbitrarios y por ende discriminatorios en segunda instancia.

29. En el Seminario sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, celebrado en 1968, se abrió un debate importante sobre la legitimidad de las reservas y las cuotas. Según uno de los participantes, las reservas y las cuotas constituían un medio fundamental de promover la igualdad, de hecho y de derecho, de las personas que habían sido víctimas de discriminación, pero otros opinaron que convendría dar facilidades especiales a los grupos atrasados para que pudieran estar a la altura general en cuanto a méritos. Aunque este segundo punto de vista resulta atractivo, los sistemas de reservas y de cuotas no son necesariamente incompatibles con el principio de igualdad, siempre y cuando sean de carácter estrictamente temporal y no se mantengan más tiempo del necesario a fin de lograr los objetivos para los que fueron concebidos, es decir ayudar a los grupos retrasados a superar sus dificultades económicas y culturales. Se hizo hincapié en que, aunque en ciertas circunstancias las reservas y las cuotas pueden resultar adecuadas, deben ser siempre de corta duración<sup>22</sup>.

30. Es imposible subestimar la importancia de la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales de 1978, pues a pesar de no ser más que una declaración, suscitó un amplio apoyo, ya que se aprobó unánimemente por aclamación. Se considera que ya forma parte de la legislación internacional de derechos humanos, puesto que se trata de un instrumento internacional de carácter general que aborda la protección de la identidad cultural y de los grupos y el valor de la diversidad. En su artículo 1, se establece que todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, el derecho a la diferencia no puede en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales ni legitimar ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de *apartheid*. El párrafo 2 del artículo 9 prevé que deben tomarse medidas especiales a fin de garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, dondequiera que ello sea necesario, evitando dar a esas medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial. En este artículo no se menciona "el progreso adecuado" entre los objetivos de las medidas especiales, con lo que la Declaración resulta un poco menos paternalista y hace gala del debido respeto a los diferentes grupos.

31. En ese mismo artículo se agrega que deberá prestarse una atención particular a los grupos raciales o étnicos social o económicamente desfavorecidos, a fin de garantizarles, en un plano

---

<sup>22</sup> Documento de las Naciones Unidas, ST/TAO/HR, 34 párrs. 147 a 155.

de total igualdad y sin discriminaciones ni restricciones, la protección de las leyes y los reglamentos, así como los beneficios de las medidas sociales en vigor, en particular en lo que respecta al alojamiento, al empleo y a la salud, de respetar la autenticidad de su cultura y de sus valores, y de facilitar, especialmente por medio de la educación, su promoción social y profesional<sup>23</sup>. El hecho de que el artículo se refiera explícitamente a medidas económicas y sociales constituye una novedad; además, esas medidas entrañan también la obligación de respetar la autenticidad de la cultura y de los valores de las personas que son objeto de ellas. En esta misma línea, el preámbulo se opone firmemente a cualquier tipo de asimilación forzada. El aspecto innovador de esta Declaración estriba en que destaca la necesidad de medidas de acción afirmativa y reconoce al mismo tiempo el derecho a la diferencia.

32. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 tenía un precedente en el artículo 3 de los pactos internacionales:

"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título, a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales (civiles y políticos) enunciados en el presente Pacto."

33. Muchos representantes estimaron que este artículo no era más que una reiteración de las cláusulas generales de no discriminación que figuran en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se ha señalado, sin embargo, que el artículo 3 no se limita a establecer el principio de igualdad, sino que insta a los Estados a hacerla efectiva<sup>24</sup>. De esta manera, el Comité de Derechos Humanos afirmó en su Observación general N° 4 que 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

---

<sup>23</sup> Véase también el párrafo 2 del artículo 5 que enuncia los deberes de los Estados en el ámbito de la educación contra el racismo y que contiene una cláusula sobre medidas generales de acción afirmativa: el Estado tiene la responsabilidad de tomar "las medidas adecuadas para remediar las restricciones impuestas a determinados grupos raciales o étnicos en lo que respecta al nivel de educación y al nivel de vida y con el fin de evitar en particular que sean transmitidas a los niños".

<sup>24</sup> M. Bossuyt, *op. cit.*, nota 7, págs. 75 a 79. Esos mismos argumentos fueron esgrimidos por los que estimaban que era innecesaria una convención específica para las mujeres, habida cuenta de los textos ya existentes. MacKean comenta: "Algunos representantes consideraron que ese párrafo podía interpretarse como si decretara una igualdad "absoluta" o "exacta" o una "identidad de trato", pero otros adujeron que el objetivo perseguido era una igualdad efectiva de hecho, no la eliminación de las diferencias entre el papel del hombre y el de la mujer en el matrimonio, sino más bien unas diferencias equitativas de derechos y responsabilidades". Se palpaba claramente la voluntad de potenciar la igualdad de hecho. Así, el representante de la URSS comentó que la Tercera Comisión estaba "elaborando principios de igualdad de derecho; de esos principios se derivaría la equiparación de hecho de los derechos humanos". Añadió que la igualdad de derechos iba más allá de la mera ausencia de discriminación; implicaba la existencia de derechos positivos en todas las esferas abordadas en el proyecto de pacto. W. MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 182.

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. Eso no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes<sup>25</sup>.

34. En 1975, la OIT aprobó una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras<sup>26</sup>. En el párrafo 2 del artículo 1, se establece sin ambigüedad de ningún tipo que no se considerará como discriminatorio un trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos<sup>27</sup>. Según McKean, esa formulación resume claramente la tesis de que la verdadera igualdad que persiguen los instrumentos internacionales no es necesariamente fruto de un trato idéntico para todos, sino que hay medidas favorables especiales que son perfectamente compatibles con ese objetivo y no constituyen discriminación, siempre y cuando no se mantengan una vez que haya desaparecido la necesidad de aplicarlas. En esa misma línea, habida cuenta de las desventajas que sufren las muchachas y las mujeres, la UNESCO decidió en 1979, que hasta tanto se lograra la "plena igualdad" de oportunidades en materia de educación y capacitación, era necesario establecer programas dirigidos exclusivamente a ellas para que puedan reducir gradualmente la desventaja en que se encuentran y finalmente lleguen a eliminarla<sup>28</sup>.

35. Durante la elaboración de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (denominada de aquí en adelante "Convención de la mujer"), se debatió el tema de las medidas especiales. Se hizo hincapié en que no debía estimarse discriminatorio el establecimiento de condiciones de carácter temporal con miras a conseguir la igualdad de hecho de las mujeres. El artículo 4 estipula explícitamente que:

"1. 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.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria."

---

<sup>25</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 4, párr. 2, en HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

<sup>26</sup> Adoptada el 25 de junio de 1975 en el 60° período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo. Véase el documento E/CN.6/603 de las Naciones Unidas.

<sup>27</sup> La OIT ya había emprendido esfuerzos con miras a lograr el objetivo de igual remuneración para trabajo de igual valor. Véase OIT, Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (N° 100), I. Brownlie, Basic documents on human rights, Oxford, Clarendon Press, 1981, pág. 200.

<sup>28</sup> Véase el documento de las Naciones Unidas E/CN.6/632, párr. 92.

36. Da la impresión que este artículo resultó polémico, por las reacciones de Francia y el Reino Unido, que insistieron en que la Convención no debía en modo alguno instar a los gobiernos a imponer una "discriminación a la inversa", con lo que querían decir una "discriminación a favor de las mujeres", ya que, salvo en circunstancias muy definidas, equivaldría a desviarse de forma permanente del objetivo de igualdad de la condición jurídica y social y de oportunidades y no redundaría, en última instancia, en beneficio de las propias mujeres. Por otra parte, la Convención debía permitir, pero no exigir, la adopción de medidas temporales de acción afirmativa en determinadas esferas, a fin de igualar las oportunidades para las mujeres en aquellos casos en que fuera necesario superar un agravio histórico. Los Estados admitieron que aunque pudiera parecer discriminatorio, era imprescindible para subsanar las injusticias cometidas contra la mujer por el hecho de serlo a lo largo de la historia. Se subrayó, no obstante, que debía considerarse fundamentalmente una medida de carácter temporal que, a la larga, se volvería innecesaria<sup>29</sup>.

37. Para varios Estados resultaron también problemáticas las medidas especiales de protección por lo que hace a la maternidad. Algunos Estados opinaban que la constitución física de la persona no dependía del género, sino que era una consideración que debía tenerse en cuenta tanto en la mujer como en el hombre. McKean estima que la controversia obedece a una confusión muy extendida acerca de la terminología: "Si por "trato igual" se entiende siempre el "mismo" o "idéntico" trato, en ese caso naturalmente, las medidas especiales son desiguales, pero si la igualdad se utiliza en un sentido normativo, desaparece entonces dicha dificultad. De igual modo, si por discriminación se entienden diferencias injustificables o arbitrarias, se plantea lógicamente la cuestión de si ciertas medidas son objetivamente justificables. Esto se puede comprobar fácilmente en el caso de las medidas destinadas a proteger la función fisiológica de la mujer, especialmente la de traer hijos al mundo, pero como la OIT ha puesto de manifiesto, cada vez goza de mayor aceptación el criterio de que las medidas destinadas a proteger a la mujer en cuanto tal, a causa de su naturaleza física, podrían aplicarse igualmente a ciertos hombres"<sup>30</sup>. Además, no se llegó a un consenso durante la redacción del texto en torno a si la Convención debía abordar la igualdad entre hombres y mujeres o la eliminación de la discriminación contra estas últimas.

38. Vogel-Polsky destacó en su estudio, encargado por el Comité Director para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa, que los Estados que eran Partes en la Convención sin haber formulado reservas respecto del artículo 4, no sólo se habían comprometido a eliminar la discriminación contra la mujer, sino que también habían asumido la obligación de restablecer el equilibrio entre hombres y mujeres en todos los aspectos de la vida social, aplicando medidas apropiadas y, más concretamente de acción positiva<sup>31</sup>. No obstante, esa postura parece bastante extrema. En la labor preparatoria y según la intención de los autores,

---

<sup>29</sup> L. A. Rehof, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, págs. 66 a 76.

<sup>30</sup> W. MacKean, op. cit., nota 24, págs. 190 y 191.

<sup>31</sup> E. Vogel-Polsky, Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives que pèsent sur leur mise en oeuvre dans les États membres du Conseil de l'Europe.

esta Convención tiene, y es importante subrayarlo, un carácter promocional y programático, y no impone unas obligaciones jurídicas inmediatamente vinculantes. El artículo 4 se limita a crear la posibilidad de lograr una igualdad de hecho mediante medidas de acción afirmativa y reconoce que dichas medidas no deben ser consideradas discriminatorias<sup>32</sup>. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha tomado nota, sin embargo, de que sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendentes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer. Recomendamos 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<sup>33</sup>.

39. En los artículos siguientes de la Convención sobre la discriminación contra la mujer que garantizan determinados derechos, se estipula de una forma intencionadamente reiterativa, que los Estados Miembros deberán tomar "todas las medidas apropiadas". Vogel-Polsky alega que, como la Convención se refiere a "todas las medidas apropiadas" de forma obligatoria, hace que las "medidas especiales de carácter temporal" mencionadas en el artículo 4 no sólo sean indispensables sino que, sumadas al hecho de que la Convención persigue la igualdad de facto, resulten las más apropiadas para utilizarse. Vogel-Polsky mantiene que esta interpretación de la relación entre los diversos derechos establecidos en la Convención y el artículo 4 (que sanciona de forma general las medidas de acción afirmativa) se inspira directamente en el principio de "efecto apropiado o pleno" ("effet utile") del derecho internacional<sup>34</sup>. La Convención parece estar en consonancia con esta interpretación.

40. En su Recomendación general Nº 23 sobre vida política y pública, el Comité hace referencia a las medidas especiales de carácter temporal de la siguiente manera:

"La eliminación de la barrera jurídica, aunque necesaria, no es suficiente. La falta de una participación plena e igual de la mujer puede no ser deliberada, sino obedecer a prácticas y procedimientos trasnochados, con los que de manera inadvertida se promueve al hombre. El artículo 4 de la Convención alienta a la utilización de medidas especiales de carácter temporal para dar pleno cumplimiento a los artículos 7 y 8. Dondequiera que se han aplicado estrategias efectivas de carácter temporal para tratar de lograr la igualdad de participación, se ha aplicado una variedad de medidas que abarcan la contratación, la prestación de asistencia financiera y la capacitación de candidatas, se han enmendado los procedimientos electorales, se han realizado campañas dirigidas a lograr la participación en condiciones de igualdad, se han fijado metas en cifras y cupos y se ha nombrado a mujeres

---

<sup>32</sup> Véase también A.W. Heringa, "Voorkeursbehandeling en moederschap", en A.W. Heringa, J. Hes y L. Lijnzaad, Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag..., Amberes, Maklu, 1994, págs. 33 y 34.

<sup>33</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Nº 5, Medidas especiales temporales, en HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

<sup>34</sup> E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine", en B. De Grave, (ed.), Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen, Tegenspraak-Cahier 8, Amberes, Kluwer, 1990, pág. 79.

en cargos públicos, por ejemplo, en el poder judicial u otros grupos profesionales que desempeñan una función esencial en la vida cotidiana de todas las sociedades. La eliminación oficial de barreras y la introducción de medidas especiales de carácter temporal para alentar la participación, en pie de igualdad, tanto de hombres como de mujeres en la vida pública de sus sociedades son condiciones previas indispensables de la verdadera igualdad en la vida política. No obstante, para superar siglos de dominación masculina en la vida pública, la mujer necesita también del estímulo y del apoyo de todos los sectores de la sociedad si desea alcanzar una participación plena y efectiva, y esa tarea deben dirigirla los Estados Partes en la Convención, así como los partidos políticos y los funcionarios públicos. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que las medidas especiales de carácter temporal se orienten claramente a apoyar el principio de igualdad y, por consiguiente, cumplan los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos"<sup>35</sup>.

## II. LÍMITES ESTABLECIDOS A LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA

41. El derecho internacional fija unos límites importantes a las medidas de acción afirmativa. Estos son:

- a) Las medidas de acción afirmativa no pueden generar una discriminación;
- b) Las medidas de acción afirmativa deben tener un carácter temporal.

### A. Prohibición de la discriminación

42. A la hora de abordar las medidas de acción afirmativa hay que prestar una atención especial a su relación con el principio de no discriminación, que no es más que la formulación inversa del principio de igualdad y uno de los derechos humanos más fundamentales, por no decir el que más. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagró solemnemente el principio de igualdad al proclamar que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y, en el Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, se afirma que uno de los Propósitos de la Organización estriba en "realizar la cooperación internacional (...) 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". Todos los instrumentos de derechos humanos de los sistemas internacionales de cada región, como el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Organización de la Unidad Africana, contienen una disposición análoga.

43. La no discriminación es esencialmente un mecanismo jurídico utilizado para contrarrestar los casos de desigualdad injustificados, inspirado en la idea de que un Estado no puede

---

<sup>35</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Nº 23, Vida política y pública, párr. 15, en HRI/GEN/1/Rev. 4 (2000).



perjudicar legalmente a un individuo de forma arbitraria<sup>36</sup>. La prohibición de la discriminación se consagra en todos los instrumentos internacionales.

44. La no discriminación y las medidas de acción afirmativa hay que enmarcarlas en su justa perspectiva para evitar que entren en conflicto entre sí. Mientras que el principio de no discriminación elimina factores como la raza, el género, la nacionalidad, etc. de los procesos de adopción de decisiones de la sociedad, el objetivo de la acción afirmativa se cifra en garantizar una igualdad plena y sustantiva teniendo en cuenta esos mismos factores<sup>37</sup>. Sin embargo, la acción afirmativa, en su aspiración a lograr la igualdad, puede a veces recurrir a medidas extremas, violando de ese modo el principio de no discriminación. Por ello, es menester fiscalizar cuidadosamente las medidas de acción afirmativa y no dejar que socaven el principio de no discriminación propiamente dicho. A fin de comprender en qué momento la acción afirmativa se convierte en discriminación, merece la pena examinar más de cerca la labor preparatoria de varios instrumentos internacionales que contienen principios de no discriminación.

45. Durante la elaboración de la disposición sobre no discriminación que figura en el artículo 7 de la Declaración Universal, la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Sra. Eleanore Roosevelt, afirmó que la igualdad no significaba un trato igual para el hombre y la mujer en todas las cuestiones, porque había ciertos casos en que era fundamental un trato diferencial. Se trata de una clara enunciación de que la idea de "igualdad" no debe entenderse sólo en su sentido normativo, sino también en su sentido formal<sup>38</sup>. Según Lauterpacht, implica igualdad, pero con arreglo a una situación dada<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Los principios de no discriminación e igualdad constituyen hoy en día pilares básicos y fundamentales de la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, se han convertido también en principios del derecho internacional consuetudinario. Este parecer cuenta con el amplio apoyo de varios instrumentos internacionales reconocidos que proclaman el principio de la no discriminación, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales, etc. Además, instituciones jurídicas prestigiosas, como la Comisión de Derecho Internacional y la Corte Internacional de Justicia, han formulado declaraciones al respecto. Véanse por ejemplo, las declaraciones de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)", en el asunto de la Barcelona Traction (1970), y en su opinión consultiva sobre Namibia (1971). Cuenta también con el respaldo de la práctica de los Estados y una fuerte opinio juris expresada en varias conferencias internacionales y por expertos reconocidos.

<sup>37</sup> Véase el famoso dicho del juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Sr. Blackmun: "para superar el racismo, primero tenemos que tener presente la raza". Regents of the University of California c. Bakke, 438 U.S. 265, 1978.

<sup>38</sup> Véase el documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/SR.50, párr. 9. Para una explicación del debate sobre "distinción" y "discriminación", que reapareció posteriormente durante la elaboración de los pactos internacionales, véase también J. T. Möller, "Article 7", en A. Eide,

46. La ambigüedad de la terminología utilizada en las disposiciones de no discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que han usado indistintamente el término "distinción" y "discriminación" para referirse al mismo concepto, ha dado lugar a una gran confusión<sup>40</sup>. Por ejemplo, se advierte una incoherencia entre el artículo 2 de ambos Pactos Internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza "el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna", mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza "los derechos reconocidos en el presente Pacto sin distinción alguna".

47. El texto inglés del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin discriminación 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", mientras que las versiones francesa y española utilizan el término "distinción".

48. Aunque en la labor preparatoria no se ofrece una explicación gráfica de estas faltas de coherencia, hay que admitir que, sea cual fuere el término utilizado, la intención de los redactores de ambos pactos y del Convenio Europeo era incluir en los textos el mismo nivel de protección. Ambos términos excluyen claramente sólo la "discriminación" entendida como "distinción injusta" o "arbitraria".

49. La idea de que no todas las distinciones son ilegales fue decisiva durante la redacción del párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

---

et al. (eds.), The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, págs. 115 a 141.

<sup>39</sup> Sir Hersch Lauterpacht (An International Bill of the Rights of Man, Nueva York, Columbia University Press, 1945, págs. 116 a 119) hace referencia al artículo 1 de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que la igual protección de la ley no excluye distinciones entre personas ni clasificaciones de éstas, siempre y cuando se basen en motivos razonables. En los primeros casos de derecho consuetudinario del Tribunal Supremo de los Estados Unidos no se prohíbe, por tanto, la segregación de los negros en las escuelas, trenes, estaciones de ferrocarril y otros lugares públicos. El Tribunal Supremo declaró que es fundamental un amplio margen de discreción al fijar las clasificaciones que tenga en cuenta varios factores y no resulta incompatible con el principio de verdadera igualdad, siempre y cuando la base de la clasificación sea razonable. Posteriormente se modificó esta línea de pensamiento. Lauterpacht admite que se llevó hasta extremos inverosímiles la interpretación de la igualdad, concebida como una igualdad mecánica de oportunidades y de ventajas.

<sup>40</sup> Sobre la historia de esta ambigüedad, véase M. Bossuyt, L'Interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruselas, Bruylant, 1976, págs. 7 a 27; N. Lerner, Grouprights and discrimination in international law, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, págs. 24 a 28; B. G. Ramcharan, "Equality and nondiscrimination", in L. Henkin (ed.), The International Bill of Rights, Nueva York, Columbia University Press, 1981, págs. 258 y 259.

cuando una abrumadora mayoría apoyó una enmienda presentada por tres países (la Argentina, Italia y México) encaminada a substituir la palabra "distinción" por la palabra "discriminación"<sup>41</sup>. El objetivo declarado de esa enmienda era el de confirmar que ciertas distinciones pueden estar justificadas para dar preferencia a determinados sectores retrasados y desfavorecidos de la población.

50. De manera análoga, en su Observación general sobre el artículo 26, en el que se recoge el principio general de no discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos agregó que "sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia" y que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación"<sup>42</sup>.

51. En esa misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el caso Belgian Linguistics que:

A pesar de los términos tan amplios utilizados en la versión francesa ("sans distinction aucune"), el artículo 14 no prohíbe todo tipo de distinción en el trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esa versión debe leerse a la luz del texto más restringido de la versión inglesa ("without discrimination")<sup>43</sup>.

52. Algunos estudios llevados a cabo por relatores especiales de la Subcomisión han arrojado más luz sobre el concepto de no discriminación<sup>44</sup>. La doctrina jurídica moderna ha establecido las siguientes conclusiones:

- a) En la actualidad, en el ánimo de todos está que el término "discriminación" queda reservado a las diferencias arbitrarias e ilegales en el trato<sup>45</sup>. La "distinción", por otra parte, es un término neutral, que se utiliza cuando aún no se ha determinado si un

---

<sup>41</sup> Documento de las Naciones Unidas, A/5365, pág. 11.

<sup>42</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 18, No discriminación, párrs. 8 y 13, HIR/GEN/1/Rev.4 (2000).

<sup>43</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Belgian Linguistics, 23 de junio de 1968, Ser. A, pág. 34. El Tribunal admitió que el hacerlo conllevaría resultados absurdos, pues cualquier disposición jurídica que no garantice a todos la igualdad en el trato sería contraria al artículo 14. Esto supondría una postura insostenible, ya que la norma forzosamente establece distinciones de muchos tipos.

<sup>44</sup> Para una buena recapitulación, véase A. P. Vijapur, op. cit., nota 14, págs. 73 y 74 y W. MacKean, op. cit., nota 24, págs. 94 a 96. Por ejemplo, en 1949 el Secretario General señaló en su memorando titulado Main types and causes of discrimination que la discriminación era una distinción perjudicial basada en motivos que no podían imputarse a la persona y que no tenían consecuencias justificadas. Véase el documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/40.

<sup>45</sup> M. Bossuyt, op. cit., nota 7, pág. 27. W. MacKean, ibíd., págs. 8 a 11.

trato diferencial puede o no estar justificado. El término "diferenciación", por el contrario, apunta a una diferencia de trato que se considera legítima<sup>46</sup>;

- b) Por consiguiente, no todas las diferencias de trato están prohibidas, sólo aquellas que desembocan en una discriminación. Esto suscita la pregunta de en qué momento el trato diferencial se vuelve inaceptable, o cuándo se puede justificar una distinción de cualquier tipo<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Esto es compatible con las definiciones internacionales de discriminación. El término "discriminación" no fue definido en la Declaración Universal ni en los dos pactos internacionales. La primera definición de discriminación puede hallarse en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que prevé que la expresión "discriminación racial" denota "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". De manera similar, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer estipula que la expresión "discriminación contra la mujer" denota "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por 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". El Comité de Derechos Humanos ha recurrido a estas definiciones de formas específicas de discriminación para elaborar una definición más general. Según el Comité, el término "discriminación", tal como se emplea en el 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 o cualquier 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". Observación general N° 18, párr. 7.

Cabe hallar otras definiciones en el Convenio (N° 111) de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, que establece que: "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...". La Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960) prevé que: "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...".

<sup>47</sup> Véase C. Tomuschat, "Equality and Non-Discrimination under the CCPR", en I. von Munch, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlín, Walter de Gruyter, 1981, págs. 712 a 716.

53. Los tribunales internacionales y los autores se han dedicado a estudiar criterios que permitan determinar si una diferencia dada en el trato contraviene o no el principio de no discriminación.

54. En los casos de África sudoccidental, el magistrado Tanaka, afirmó que dado que la igualdad era un principio y el trato diferencial una excepción, quienes recurran al trato diferencial deberán justificar su razón de ser y su carácter razonable; dicho trato no debe concederse de manera arbitraria sino buscar su adecuación a la justicia<sup>48</sup>.

55. En el caso Belgian Linguistics, el Tribunal Europeo, aplicando principios derivados de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, sostuvo que:

se produce una violación del principio de igualdad si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable. Debe evaluarse la existencia de dicha justificación en relación con el objetivo y los efectos de la medida estudiada, teniendo presentes los principios que rigen normalmente en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no debe perseguir exclusivamente una finalidad legítima: se viola de igual forma el artículo 14 cuando se determina sin ningún género de dudas que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la meta que se pretende conseguir<sup>49</sup>.

56. Esos principios se han aplicado repetidas veces en un gran número de asuntos posteriores<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Opinión disidente del magistrado Tanaka, casos de África sudoccidental (segunda fase), Informe de la Corte Internacional de Justicia de 1966, págs. 284 a 316. El magistrado, Sr. Tanaka, observó acertadamente que el principio de igualdad requiere que los que sean iguales sean tratados de igual manera y los que sean diferentes sean tratados de forma diferente. Sin embargo, afirmó, el principio de igualdad no significa igualdad absoluta, sino que admite una igualdad relativa, es decir un trato diferente en función de las circunstancias concretas de cada individuo. Aunque las personas tienen determinadas características en común, poseen por otra parte atributos y cualidades independientes que pueden ser tenidos legítimamente en cuenta en la distribución de los bienes sociales. La pregunta fundamental, no obstante, sigue en pie: ¿cuándo puede decirse que las personas son iguales o diferentes y qué consideraciones pueden constituir justificaciones legítimas del trato diferencial?

<sup>49</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit., nota 43; M. Bossuyt, "Het Discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de Rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taalarrest", Revue belge de droit international, 1972, págs. 503 a 528.

<sup>50</sup> Este análisis de la no discriminación efectuado por el Tribunal Europeo ha sido citado aprobatoriamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, del 19 de enero de 1984, párr. 57: "No habrá... 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

57. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha adherido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este punto y ha declarado en su dictamen y Observación general N° 18 que:

"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."<sup>51</sup>

58. Varios autores han analizado los diferentes elementos constitutivos de la discriminación<sup>52</sup>. Uno de estos elementos es el motivo en que se funda la distinción. La enumeración de los motivos prohibidos en los instrumentos generales de derechos humanos no es exhaustiva. Esta conclusión se desprende claramente de la ampliación de las cuatro causas enumeradas en la Carta de las Naciones Unidas (raza, idioma, religión y sexo) a las 12 que figuran en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en ambos Pactos y a las 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como del uso de la expresión "especialmente por razones de" que precede a la enumeración de esos supuestos.

59. Por consiguiente, una distinción basada en otro motivo puede ser arbitraria y ciertas distinciones basadas en varias de las causas enumeradas no carecen necesariamente de legitimidad. El motivo en que se funda una distinción es, sin embargo, importante a la hora de determinar si la distinción es o no arbitraria. No obstante, lo decisivo no es la causa propiamente dicha, sino la relación o conexión entre ésta y la norma respecto de la cual se practica la distinción. Es menester que exista una "conexión suficiente" entre la norma y la causa o, en otras palabras, ha de considerarse que la causa es "relevante" para la norma concreta con respecto a la cual se practica la distinción. El objetivo general o la meta perseguida por la

---

proporcionado una fundamentada conexión entre esas 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".

<sup>51</sup> Véase también, T. Opsahl, "Equality in Human Rights Law, with special reference to article 26 of the ICCPR", en M. Nowak (ed.), Festschrift für F. Ermacora, Kehl, N. P. Engel Verlag, 1988, págs. 51 a 65. Jurisprudencia: S. W. M. Broeks c. los Países Bajos, comunicación N° 172/1984, Zwaan-de Vries c. los Países Bajos, comunicación N° 182/1984, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 48 (A/42/40), anexo VIII, sec. B y D. Como el artículo 26 establece un principio general de no discriminación, en términos absolutos esta no discriminación significa que el Comité tiene competencia para examinar cualquier trato diferencial, inclusive en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales, a fin de determinar si equivale a una discriminación.

<sup>52</sup> M. Bossuyt, op. cit., nota 7, pág. 262; M. Bossuyt, "The principle of equality in article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", en A. De Mestral, (ed.) The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, págs. 283 y 284; E. W. Vierdag, The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights, La Haya, Martinus Nijhoff, 1973, 176 páginas.

legislación en este sentido no es lo decisivo, pero sí lo es la relevancia del motivo concreto con las normas específicas. Una distinción introducida por la legislación para lograr un objetivo perfectamente legítimo puede ser, sin embargo, discriminatoria y, en calidad de tal, constituir una violación de los derechos humanos, si la causa en que se basa la distinción no puede estimarse relevante en relación con dicho derecho.

60. La sustitución del concepto de "irrelevante" por el concepto de "arbitrario" no se reduce a reemplazar un término por otro. La diferencia reside en el nivel en el que hay que evaluar el carácter ilegítimo de la distinción. Si se situara este nivel en relación con los objetivos y finalidades generales de la legislación, la evaluación sería meramente política e inapropiada para la determinación judicial. Toda la cuestión estriba, sin embargo, en que una norma jurídica no es necesariamente legítima porque persiga un objetivo legítimo. La ley, considerada como el mecanismo utilizado para alcanzar ciertos objetivos, ha de respetar una serie de requisitos intrínsecos. El más importante de éstos es el principio de igualdad, que prohíbe hacer distinciones basadas en motivos que sean irrelevantes para ese derecho o libertad específico.

61. Aunque sigue necesitando un juicio de valor, en el que pueden influir consideraciones políticas, la evaluación de la significación de ese motivo mediante la valoración de la conexión entre ese motivo y el derecho o la libertad de que se trate no deja de ser un acto judicial. La identificación previa del motivo (en que se basa la distinción) y del asunto (en el que se practica la distinción) como un derecho reduce el elemento político al mínimo indispensable y salvaguarda el carácter judicial de la evaluación. El enfoque no tiene por qué ser muy diferente al evaluar las distinciones introducidas en el marco de una política de "medidas de acción afirmativa".

62. No cabe duda de que es posible que se requieran medidas especiales para garantizar la plena igualdad de sectores de la población que, a veces desde hace siglos, han sufrido por encontrarse en situación de desventaja en el seno de la sociedad. Pero hay que dejar bien claro que no pueden aceptarse como legítimas todas las medidas adoptadas para alcanzar esa meta, al margen del motivo de esa distinción o de la naturaleza del derecho conferido. Aunque se haya determinado que las distinciones formuladas en el marco de una política de medidas de acción afirmativa se basan en el mismo motivo que generó anteriormente situaciones desiguales, hay que examinar las normas jurídicas de que se trate para ver si responden al criterio de igualdad.

63. El mero hecho de que un sector concreto de la población haya padecido las consecuencias de circunstancias económicas o sociales desfavorables no significa que se considere legítima, para mejorar su situación material, cualquier distinción fundada en las características que definen al grupo, aunque ese motivo no venga al caso para fundamentar la distinción con respecto a un determinado derecho. Sería injustificable que se ofrecieran prestaciones sociales especiales a personas que no las necesitan, pero que pertenecen al sector que solía estar en condiciones desfavorables y negarles esas mismas prestaciones a personas que sí las necesitan, pero que pertenecen al sector de la población que previamente disfrutaba de mejores condiciones en el seno de la sociedad.

64. Las medidas de acción afirmativa deben centrarse más en la adopción de disposiciones que previsiblemente atiendan las necesidades especiales del sector al que se pretende favorecer, y no restringir las prestaciones derivadas de esas medidas sobre la base del elemento que distingue a dicha categoría de otros miembros de la población, y que no tiene nada que ver con el derecho de

que se trate. Los beneficios que la política pueda ofrecer al sector al que va dirigida dependerán de las medidas que se seleccionen, del momento de su aplicación y del lugar, sin violar los derechos de las personas que no pertenecen a ese sector, incluido su derecho a una protección igual de la ley sin discriminación. En ningún caso podrá privarse a nadie de un derecho básico so pretexto de que, de esa manera, se está ayudando a grupos especialmente desfavorecidos a superar las consecuencias de una discriminación previa<sup>53</sup>.

65. No cabe interpretar que las disposiciones de los programas de acción afirmativa puedan justificar cualquier distinción fundada en cualquier motivo en relación con cualquier derecho, sencillamente porque tiene por objeto mejorar la situación de personas o grupos desfavorecidos. Una interpretación de ese tipo justificaría medidas legislativas absurdas con total desprecio por los derechos humanos y del principio fundamental de igualdad o no discriminación.

#### B. Las medidas de acción afirmativa han de ser temporales

66. En derecho internacional se hace continuamente hincapié en el requisito de que las medidas especiales tengan una "duración limitada". Se ha planteado que, aunque la aceptación de medidas de acción afirmativa no es contraria al derecho internacional, ello no permite que se ignoren los límites de las medidas de acción afirmativa sancionadas en los Pactos<sup>54</sup>. La concesión de unas medidas de acción afirmativa no tiene por qué desembocar en la perpetuación de normas desiguales o distintas, por lo que las medidas cesarán una vez que se hayan logrado los objetivos para los cuales fueron tomadas<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Lord Denning: "De modo que si esa autoridad docente asignara a los varones a determinadas escuelas según el color de su pelo o, lo mismo da, el color de su piel, parecería tan absurdo, tan caprichoso, tan falto de relación con cualquier sistema de enseñanza digna de ese nombre que sería completamente *ultra vires* y este tribunal tendría que prohibirlo de inmediato. Pero si existieran razones pedagógicas válidas para una política, como ocurre por ejemplo en un sector en que los niños inmigrantes tienen escasos conocimientos de la lengua inglesa y necesitan clases especiales, sería de todo punto correcto enviar a los que se encuentran en peores condiciones a centros especiales de enseñanza, donde se beneficiarían de medios extraordinarios para aprender inglés". Citado por W. McKean, *op. cit.*, nota 24, pág. 246.

<sup>54</sup> C. Tomuschat, *op. cit.*, nota 47, págs. 715 y 716, y P. Thornberry, *op. cit.*, nota 13, págs. 281 a 286, hacen referencia a la labor preparatoria de los pactos internacionales y al análisis de la limitación temporal de las medidas de acción afirmativa.

<sup>55</sup> Véase también el párrafo 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Durante los debates celebrados en torno al examen del cuarto informe periódico presentado por Fiji, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial observó que los tratamientos especiales concedidos a determinados grupos raciales no parecían tener una duración específica; para cumplir esa disposición de la Convención, se necesitaba una promesa más terminante de que la desigualdad de derechos para los diferentes grupos raciales no se mantendría después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 18 (A/37/18), párr. 101.



67. Hay que evitar por todos los medios que un trato positivo desemboque en una estigmatización o en una situación de "separados pero iguales", doctrina que ya ha sido utilizada en los Estados Unidos, según la cual a los negros se les concedían los mismos derechos que a los blancos, pero se les obligaba a ejercer esos derechos en situación de aislamiento, o, peor aún, en un nuevo apartheid<sup>56</sup>. Ese requisito de "duración limitada" revela la diferencia entre dos conceptos que se superponen en derecho internacional, a saber la "protección de las minorías" y la "prevención de la discriminación".

68. Es evidente que tanto las minorías como los grupos desfavorecidos pueden invocar el principio de no discriminación que les protege contra esta práctica, por motivos de raza, color, linaje, origen nacional o étnico e idioma. De igual manera ambos pueden beneficiarse de medidas especiales, en las circunstancias ya mencionadas, es decir, con una duración limitada y con la condición de que no den lugar ellas mismas a discriminación, a fin de superar un trato discriminatorio anterior o una discriminación estructural.

69. No cabe duda sin embargo, de que las medidas especiales de este tipo no son suficientes para hacer frente a las cuestiones que se plantean en el ejercicio de los derechos de los miembros de minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión o a utilizar su propia lengua. El ejercicio de esos derechos requiere la adopción de medidas permanentes de protección por parte de los Estados, lo que remite a un concepto más amplio.

70. El concepto de "protección de las minorías" se remonta a los primeros tiempos del derecho internacional, y tiene sus raíces en el auge en los siglos XVI y XVII de la nación-Estado, que necesitaba tomar en consideración a los grupos minoritarios<sup>57</sup>. Se firmaron muchos tratados en pro de grupos específicos, por ejemplo el Tratado de París de 30 de marzo de 1856, que contiene disposiciones relativas a la protección de las minorías cristianas en el Imperio Otomano. El Tratado de Berlín de 13 de julio de 1878 reviste un gran interés, debido a la situación jurídica especial que concedió a determinados grupos religiosos. La protección que otorgaban estos tratados era solamente parcial y no se establecía ningún mecanismo de aplicación. No obstante,

---

<sup>56</sup> Aunque la doctrina de "separados pero iguales" parecía violar la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo no lo consideró así en 1896 al examinar el caso Plessy c. Ferguson (163 U.S. 537, 1896). Se trataba del caso de un hombre que había sido detenido por violar una ley de Louisiana que exigía a los ferrocarriles proporcionar un "espacio igual pero separado" a los "pasajeros blancos y de color". Medio siglo más tarde, se impugnó esta doctrina en el caso Brown c. Junta de Educación (347 U.S. 483, 1954) y el Tribunal Supremo falló que los establecimientos escolares separados creaban una sensación de inferioridad entre los alumnos negros y que, por ese motivo, violaban la Decimocuarta Enmienda.

<sup>57</sup> Véase P. Thornberry, op. cit., nota 13, págs. 25 a 54, que aborda extensamente los antecedentes históricos.

sirvieron de modelo para el "sistema de minorías" que se creó posteriormente dentro del marco de la Sociedad de las Naciones<sup>58</sup>.

71. Los tratados concluidos en el marco del "sistema de minorías" eran complejos desde el punto de vista de la redacción, pero un análisis de sus disposiciones muestra que estaban enfocados hacia dos objetivos<sup>59</sup>:

- 1) El principio de no discriminación garantizaba a los nacionales pertenecientes a minorías raciales, lingüísticas o religiosas el disfrute del mismo trato en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos.
- 2) El principio de que debía garantizarse a los miembros de grupos minoritarios un conjunto de derechos especiales que permitieran a las minorías preservar y desarrollar su cultura y conciencia nacionales. En concreto, tenían igual derecho a fundar escuelas e instituciones religiosas, caritativas o sociales, corriendo la financiación por su cuenta. Podían emplear su propia lengua, incluso ante los tribunales y profesar libremente su religión. Además, en las ciudades y distritos en que hubiera un porcentaje considerable de ciudadanos que hablaran una lengua distinta al idioma oficial del Estado, se estableció que contarían con instalaciones adecuadas para impartir enseñanza en esa lengua en la escuela primaria a los niños de dichas minorías. Por último, los tratados estipulaban que en las ciudades y distritos en que existiese una alta proporción de nacionales del país que pertenecieran a minorías raciales, religiosas o lingüísticas, se les garantizaría un porcentaje equitativo en el disfrute y aplicación de los fondos públicos dentro del marco de los presupuestos del Estado, del municipio u otros presupuestos, para fines educativos, religiosos o de caridad. Algunos tratados mencionaban también un derecho limitado a la autonomía.

72. Así pues, los principios en que se inspiraban los tratados destinados a las minorías firmados dentro del marco de la Sociedad de las Naciones eran dos: permitir que los miembros de las minorías vivieran en pie de igualdad con el resto de la población, y preservar las características y la identidad separada de las minorías.

73. La Corte Permanente de Justicia Internacional desarrolló una amplia jurisprudencia en el ámbito de estos derechos especiales, que confirmó este sistema de doble finalidad. El Consejo de la Sociedad de las Naciones presentó cinco asuntos a la Corte Permanente para recabar opiniones consultivas: tres relativos a las minorías alemanas en Polonia, uno a la minoría polaca en Danzig y otro a la minoría griega en Albania.

---

<sup>58</sup> Tras el Congreso de Viena, las cláusulas de protección a las minorías en los tratados se hicieron más detalladas y la protección anteriormente otorgada a los grupos religiosos pasó a extenderse a las minorías nacionales.

<sup>59</sup> P. de Azcárate, League of Nations and National Minorities: an experiment, Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1945, 216 páginas; W. McKean, op. cit., nota 24, págs. 14 a 45.

74. Reviste gran importancia el dictamen de la Corte en el caso de las Escuelas para minorías en Albania. El conflicto surgió cuando se introdujo una enmienda en la Constitución de Albania por la que se suprimían en todo el país las escuelas privadas. La minoría griega mantenía que esa enmienda violaba la Declaración de Albania de 1921 relativa a la protección de las minorías. El Gobierno de Albania alegaba que, debido a que la abolición de las escuelas privadas representaba una medida general aplicable tanto a la mayoría como a la minoría, se ajustaba a lo dispuesto en la Declaración.

75. En términos generales, la Corte Permanente declaró que:

La igualdad de derecho excluye una discriminación del tipo que sea: mientras que la igualdad de hecho puede entrañar la necesidad de un trato diferenciado con objeto de alcanzar un resultado que establezca un equilibrio entre situaciones diferentes. Es fácil imaginar ejemplos en que la igualdad de trato de la mayoría y de la minoría, cuya situación y necesidades son diferentes, conllevaría una desigualdad de hecho... La igualdad entre los miembros de la mayoría y de la minoría debe ser una igualdad efectiva y auténtica<sup>60</sup>.

76. En cuanto a las escuelas privadas de la minoría griega en Albania, la Corte dictaminó que:

Las instituciones mencionadas son indispensables para que la minoría pueda gozar del mismo trato que la mayoría, no solamente de derecho, sino también de hecho. La abolición de estas instituciones, que son las únicas que pueden satisfacer las necesidades especiales de los grupos minoritarios, y su sustitución por instituciones del Gobierno, destruiría esta igualdad de trato, porque tendría el resultado de privar a la minoría de las instituciones idóneas para sus necesidades, mientras que la mayoría seguiría viendo atendidas las suyas en las instituciones creadas por el Estado.

77. En vista de que la historia ha demostrado que Estados como Alemania aprovecharon estas disposiciones de los tratados destinadas a las minorías para intervenir militarmente, la mayoría de los tratados de paz firmados después de la segunda guerra mundial contiene cláusulas de no discriminación. Muy pocos tratados contienen cláusulas que protegen a las minorías, ya que los casos de violación de tratados que protegían a las minorías cometidos por Alemania y el consiguiente fracaso de la Sociedad de las Naciones, dejaron muy mal parado el prestigio de las cláusulas para las minorías.

78. El eje de la protección de los derechos humanos se desvió de la protección de los grupos a la de los derechos y libertades individuales. En este nuevo planteamiento se aplicaba sólo el principio de no discriminación, lo que significaba que cuando se producía una violación de los derechos de una persona debido a las características del grupo al que pertenecía, ya fuera por motivos de raza, religión, nacionalidad, etc., la cuestión se resolvía protegiendo los derechos de la persona a título puramente individual. El principio de igualdad y la premisa de no discriminación se convirtieron en pilares fundamentales, consagrados en todos los textos de derechos humanos redactados tras la segunda guerra mundial. Ese nuevo enfoque se integró plenamente en la estructura y el funcionamiento de las Naciones Unidas. Sin embargo, en

---

<sup>60</sup> Escuelas para minorías en Albania, Opinión Consultiva, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1935, Ser. A/B, N° 64, 19.

algunos instrumentos internacionales se ha seguido recurriendo al concepto de protección de las minorías.

79. En el primer período de sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, celebrado en 1947, se desarrolló un debate sobre el significado de los términos "prevención de discriminaciones" y "protección a las minorías"<sup>61</sup>. Allí se señaló que existía una diferencia fundamental entre ambos.

La "discriminación" implicaba cualquier acto o conducta que negara a las personas o grupos de personas la igualdad de trato que pudieran esperar. La protección de las minorías se describía como la protección de grupos no dominantes que, si bien deseaban en general la igualdad de trato con la mayoría, aspiraban por otra parte a un cierto grado de trato diferencial, con objeto de preservar las características básicas que poseían y que los distinguían de la mayoría de la población. La protección ampara igualmente a los miembros de dichos grupos que optaran por acogerse a esa misma protección. De ahí que se justifique el trato diferencial de dichos grupos o de sus miembros cuando se ejerce para atenderles a satisfacción y en pro del bienestar de la comunidad en general.

80. En el memorando del Secretario General titulado "The main types and causes of discrimination" se profundiza más en el concepto de "protección de minorías"<sup>62</sup>. Alegaba que la protección de las minorías, aunque inspirada de forma análoga en el principio de igualdad de trato de todos los pueblos, requería medidas de acción positiva, como la creación de escuelas en que se impartiera enseñanza en la lengua materna, siempre que las minorías afectadas desearan mantener su diferencia de idioma y de cultura<sup>63</sup>.

81. El Secretario General sostenía asimismo que, a pesar de que la meta de la protección de las minorías parecía diferir de la de prevención de discriminaciones, en realidad no existía una contradicción en querer lograr simultáneamente la protección de las minorías y la prevención de la discriminación. Es más, en cada caso se pretendía obtener y mantener efectivamente la igualdad de trato de todos los pueblos. La prevención de la discriminación y la protección de las minorías representan formulaciones diferentes de la misma idea de igualdad de trato para todos los pueblos. La una requiere la eliminación de toda distinción impuesta, mientras que la otra exige salvaguardias para preservar ciertas distinciones voluntariamente mantenidas.

---

<sup>61</sup> Este sistema dual se inspiraba en la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre las escuelas para minorías en Albania, *ibíd.* Véanse documentos de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/36 y E/CN.4/Sub.2/SR.14 y 15.

<sup>62</sup> *Op. cit.* en nota 44.

<sup>63</sup> *Ibíd.*

82. En su informe sobre la protección de las minorías, A. Eide<sup>64</sup> proponía medidas de acción afirmativa como solución a los problemas que afectaban a las minorías. Sin embargo, agregaba que las medidas de acción afirmativa podían dar lugar a conflictos de grupo, motivo por el cual no debían mantenerse una vez que se hubiera logrado el objetivo de la igualdad<sup>65</sup>.

83. Las medidas de acción afirmativa son temporales y compensatorias y están destinadas a corregir las condiciones que menoscaban el disfrute de iguales derechos, mientras que las medidas de protección a las minorías están destinadas a conservar la identidad del grupo<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> A. Eide, "Protection of minorities: possible ways and means of facilitating the peaceful and constructive solution of problems involving minorities" (E/CN.4/Sub.2/1992/34), párr. 172.

<sup>65</sup> En su Observación general N° 18 sobre el principio de no discriminación, el Comité de Derechos Humanos declaró que las medidas de acción afirmativa, es decir, las medidas especiales, sólo podían adoptarse mientras fuera necesario para corregir la situación de discriminación de hecho. Por otra parte, en su Observación general N° 23 relativa al artículo 27, artículo que versa sobre las minorías, el Comité admite que, pese a que los derechos protegidos en virtud del artículo 27 se han formulado en términos negativos, puede ser necesario también que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y que, en la medida en que estén destinadas a prestar protección, pueden constituir una diferenciación legítima con arreglo a lo dispuesto en el Pacto. Aquí no se impone un límite temporal. Hay que observar asimismo la utilización diferente de los términos. Esta distinción también se produce en la práctica de los Estados, como por ejemplo en la India, que cuenta con un sistema de protección diferente para las minorías, cuyos derechos contienen un elemento de permanencia, y para las castas y tribus reconocidas, cuyos derechos especiales se consideran medidas temporales de carácter excepcional destinadas a reducir las desigualdades entre las comunidades.

<sup>66</sup> A. S. Akermark, Justifications of Minority Protection in International Law, Londres, Kluwer Law International, 1997, págs. 23 a 28.

Anexo

CUESTIONARIO SOBRE LA ACCIÓN AFIRMATIVA

1. ¿Cuáles son las principales disposiciones constitucionales y/o legislativas relativas al principio de la igualdad y la prohibición de la discriminación? Sírvase proporcionar copias de las disposiciones pertinentes.
2. Cite los fallos judiciales relativos al principio de la igualdad y la prohibición de la discriminación que hayan marcado un hito en la materia.
3. ¿Existen disposiciones de carácter constitucional, legislativo o ejecutivo que se refieran al concepto de la "acción afirmativa" y/o de la llamada discriminación "positiva" o "inversa"? Si es así, sírvase proporcionar copias de las disposiciones pertinentes.
4. ¿Cuál es, conforme a esas disposiciones o a la jurisprudencia nacional, la relación entre la prohibición de la discriminación y el concepto de la acción afirmativa?
5. Proporcione ejemplos de planes nacionales de acción afirmativa ejecutados en cumplimiento de esas disposiciones.
6. ¿A qué grupos están destinados esos planes de acción afirmativa (género, grupos raciales, determinadas minorías, poblaciones indígenas, migrantes, personas discapacitadas, veteranos, etc.)?
7. ¿A qué ámbito se aplican esos planes de acción afirmativa (educación, empleo, vivienda, transporte, elecciones, capacitación, designaciones a cargos políticos, ejecutivos o judiciales, adjudicación de contratos o becas, otros ámbitos)?
8. ¿Cuál es el contexto histórico en el que se han adoptado los planes de acción afirmativa?
9. ¿Cuáles son los objetivos declarados en relación con los planes de acción afirmativa?
10. ¿Se han fijado plazos para los planes de acción afirmativa, y de qué manera se determinará si se han cumplido los objetivos enunciados en ellos y en qué momento se alcanzaron?
11. ¿Se aplican los planes de acción afirmativa de la misma manera a todos los grupos interesados o se hacen distinciones para favorecer a uno o más grupos específicos en lugar de otros? ¿Cómo se definen esos grupos específicos?
12. ¿Existe jurisprudencia nacional relativa a dichos planes de acción afirmativa? Si así fuera, sírvase proporcionar copias de los principales fallos.
13. ¿Existen órganos, autoridades, comisiones, tribunales u órganos jurisdiccionales específicos con competencia para conocer de denuncias en relación con la ejecución y el funcionamiento de los planes de acción afirmativa?

14. ¿Quiénes tienen derecho a presentar denuncias y entablar un procedimiento ante dichos órganos?
15. Proporcione estadísticas, si se dispone de ellas, que indiquen el éxito de los planes de acción afirmativa y, en particular, los progresos alcanzados desde su introducción.

Nota: Cuando se hayan adoptado planes de acción afirmativa respecto de distintos grupos, deben darse las respuestas por separado para cada grupo en particular.

-----