



Consejo Económico
y Social

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1998/5
3 de junio de 1998

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS/INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
50º período de sesiones
Tema 3 del programa provisional

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

Documento de trabajo preparado por el Sr. Marc Bossuyt
sobre el concepto de la acción afirmativa

1. En su decisión 1997/118, adoptada el 28 de agosto de 1997, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, teniendo en cuenta la sugerencia hecha por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación con la preparación de un estudio sobre el concepto de acción afirmativa (véase E/CN.4/Sub.2/1997/31, anexo), decidió confiar al presente autor la preparación de un documento de trabajo sobre el concepto de acción afirmativa.

I. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

2. A continuación figura una breve reseña de las disposiciones internacionales más importantes en relación con la acción afirmativa y la prohibición de la discriminación.

A. Las prohibiciones internacionales de la discriminación

3. Los pactos internacionales relativos a los derechos humanos contienen ambos un artículo 2 que, en el párrafo 2 en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el párrafo 1 en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantiza, el primero,

"el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna", y el segundo "los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna". Un análisis de los trabajos preparatorios demuestra que, al emplear el término "distinción", el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe exactamente lo mismo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que habla (con más propiedad) de "discriminación".

4. En el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

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

la prohibición de la discriminación se limita a los derechos y libertades reconocidos en ese Convenio.

5. El artículo 14 del Convenio Europeo, al igual que el artículo 2 de ambos Pactos, no prohíbe la discriminación sino en relación con los derechos "enunciados" o "reconocidos" en el tratado en cuestión. Se trata, pues, de una prohibición de la discriminación limitada a los derechos garantizados por el convenio correspondiente. Cabe señalar que, aunque la versión en francés del artículo 14 del Convenio Europeo parece prohibir toda "distinción" ("distinction"), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó, en el caso Linguistique belge (Serie A, pág. 34), que

"No obstante la formulación muy general utilizada en la versión en francés ("sans distinction aucune"), esa frase había de entenderse a la luz del texto, más restrictivo, de la versión en inglés ("without discrimination")."

6. El párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza como sigue:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (sin subrayar en el original) por motivos de [...]."

y en el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se dice que:

"Toda persona gozará de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta, sin distinción alguna (sin subrayar en el original) por motivos de [...]."

7. En el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos figura, además, una prohibición general de la discriminación:

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

8. En dos casos relativos a mujeres neerlandesas, la Sra. S. W. M. Broeks (A/42/40, págs. 149 a 161) y la Sra. F. H. Zwaan-de Vries (ibíd., págs. 172 a 181), el Comité de Derechos Humanos determinó el 9 de abril de 1987 que se había violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el sector de la seguridad social.

9. A juicio del Comité, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica aun cuando alguna de las cuestiones que en él se tratan esté mencionada o incorporada en las disposiciones de otros instrumentos internacionales.

10. En el fallo dictado el 23 de julio de 1968 en el caso Linguistique belge (Serie A, pág. 34), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que "la igualdad de trato resulta violada si la distinción carece de justificación objetiva y razonable (sin subrayar en el original). La existencia de una justificación de ese tipo ha de apreciarse en relación con los objetivos y efectos de la medida considerada, habida cuenta de los principios que prevalecen en general en las sociedades democráticas. Una distinción de trato en el ejercicio de un derecho consagrado en el Convenio no debe sólo perseguir un objetivo legítimo: se violará el artículo 14 también cuando claramente no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido" (sin subrayar en el original).

B. Disposiciones relativas a la acción afirmativa

11. Entre las disposiciones internacionales más importantes que se refieren a la "acción afirmativa" cabe mencionar las siguientes.

12. El artículo 5 del Convenio (Nº 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958 por la Organización Internacional del Trabajo, que dice lo siguiente:

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

2. Todo miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas (sin subrayar en el original) 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."

13. El párrafo 3 del artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada el 20 de noviembre de 1963, que reza como sigue:

"Se adoptarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas para asegurar el adecuado desenvolvimiento o protección de las personas que pertenezcan a determinados grupos raciales, con el fin de garantizar el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales (sin subrayar en el original)."

14. El párrafo 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, que dice lo siguiente:

"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 (sin subrayar en el original) 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."

15. El párrafo 2 del artículo 9 de la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, de la UNESCO, adoptada el 27 de noviembre de 1978, que dice lo siguiente:

"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. A este respecto, se deberá prestar una atención particular a los grupos raciales o étnicos social o económicamente desfavorecidos (sin subrayar en el original), a fin de garantizarles, en un plano 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."

16. El artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979, que reza como sigue:

"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 (sin subrayar en el original) 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."

II. EL CONCEPTO DE "ACCIÓN AFIRMATIVA" EN LA JURISPRUDENCIA

17. En el pasado ha habido situaciones en que determinados grupos de personas, identificables con arreglo a alguno de los motivos mencionados en los textos que prohíben la discriminación, han sido objeto de discriminaciones sistemáticas. Tales situaciones pueden justificar o incluso exigir que se adopten medidas afirmativas encaminadas a ayudar a esos grupos a superar las circunstancias desfavorables en que se encuentran.

A. La acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos

18. No es posible examinar la cuestión de la "acción afirmativa" sin hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de discriminación, y más en particular en materia de discriminación racial.

19. El punto de partida del examen de esta jurisprudencia es el fallo dictado en 1896 en el célebre caso Plessy c. Ferguson (163 U.S. 537), cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos legitimó la doctrina de la separación con igualdad ("separate but equal"). Tuvieron que transcurrir 60 años antes de que esa doctrina quedaría invalidada con el fallo dictado en 1954 en el no menos famoso caso Brown c. Board of Education (374 U.S. 483), en que el Tribunal Supremo estimó que las escuelas separadas creaban por fuerza un sentimiento de inferioridad.

20. Ya antes de ese caso, el Tribunal Supremo había considerado en el fallo dictado en 1944 en el caso Korematsu c. United States (323 U.S. 214) que todas las restricciones jurídicas que limitaban los derechos civiles de un solo grupo racial resultaban de por sí sospechosas y debían someterse a un examen muy estricto ("strict scrutiny"). En cambio, para las distinciones basadas en el sexo el Tribunal Supremo no prescribiría ulteriormente sino un examen de grado intermedio ("intermediate scrutiny").

21. En la legislación americana, la expresión "acción afirmativa" ("affirmative action") aparece por primera vez en el Decreto-ley N° 10925 firmado en 1961 por el Presidente Kennedy, en el que se exige a los empleadores federales que contraten a un mayor número de empleados pertenecientes a las minorías. El Presidente Johnson en 1964 y el Presidente Nixon en 1972 firmaron dos importantes leyes sobre los derechos civiles.

22. En 1974, el Tribunal Supremo estimó que no debía pronunciarse sobre medidas de acción afirmativa en materia de admisión en la universidad en el caso DeFunis c. Odegaard (416 U.S. 312), puesto que el estudiante judío de raza blanca al que se le había denegado el acceso a la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington había sido entretanto admitido.

23. En el caso Regents of the University of California c. Bakke (438 U.S. 265), el Tribunal Supremo estuvo muy dividido. El juez Lewis F. Powell, alineado en parte con los cuatro jueces que estaban a favor y en parte con los cuatro que estaban en contra del programa de acción afirmativa de la Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis, dictó en 1978 una sentencia en la que consideraba que tal programa debía someterse a un examen muy estricto, pero que uno de los argumentos invocados a favor del programa, a saber, el deseo de obtener los beneficios que se derivan de un cuerpo de estudiantes étnicamente diversificado, era suficientemente importante ("compelling") para que la Universidad lo aplicara como uno de los factores considerados al seleccionar a los estudiantes.

24. En los años siguientes, el Tribunal Supremo pronunció un gran número de sentencias que aceptaban o rechazaban los programas de acción afirmativa sometidos a su censura. De los casos en que se aceptaron dichos programas cabe citar los siguientes:

- Steelworkers c. Weber, 443 U.S. 193 (1979);
- Fullilove c. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980);
- Sheet Metal Workers c. EEOC, (Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo), 478 U.S. 421 (1986);
- United States c. Paradise, 480 U.S. 149 (1987);
- Johnson c. Santa Clara County, 480 U.S. 1442 (1987);
- Metro Broadcasting Inc. c. FCC (Comisión Federal de Comunicaciones), 497 U.S. 547 (1990).

25. En el caso Steelworkers (1979), el Tribunal Supremo aceptó el programa de acción afirmativa que reservaba puestos de formación a trabajadores negros, porque se trataba de un programa establecido por un empleador privado a favor de categorías de empleados que tradicionalmente habían sufrido la segregación.

26. En los casos Sheet Metal Workers (1986), Paradise (1987) y Johnson (1987), los programas de acción afirmativa fueron aceptados porque apuntaban a subsanar casos de discriminación practicada intencionalmente en el pasado en detrimento de los negros en el sindicato de los obreros metalúrgicos de la ciudad de Nueva York y en el cuerpo de policía de Alabama, y en menoscabo de las mujeres pertenecientes a la categoría de los trabajadores especializados ("Skilled Craft") en el distrito de Santa Clara, en California.

27. En otros fallos, el Tribunal Supremo no aceptó los programas de acción presentados. Se trata de los casos:

- Firefighters c. Stotts, 467 U.S. 561 (1984);
- Wygant c. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986);
- City of Richmond c. Croson, 488 U.S. 469 (1989).

28. En los casos Firefighters (1984) y Wygant (1986), el programa de acción afirmativa prescribía el despido, respectivamente, de bomberos de la ciudad de Memphis y de profesores de una escuela de Michigan, todos blancos y con más antigüedad que sus colegas negros. En el caso Croson (1989), el programa reservaba el 30% de los contratos de la ciudad de Richmond (Virginia) a empresas pertenecientes a minorías, a saber, negros, hispanohablantes, orientales, indios, esquimales y aleutas. El Tribunal Supremo estimó que esta medida no era exactamente proporcionada ("narrowly tailored") al objetivo perseguido y que no había relación con algún tipo de discriminación que en el pasado hubieran sufrido los esquimales en Virginia.

29. En 1995, el Tribunal Supremo dictó su fallo en el importante caso Adarand Constructors c. Peña (115 St. Ct. 2097). La empresa Adarand se quejaba de haber perdido un contrato de obras públicas en beneficio de una sociedad perteneciente a un hispanohablante en razón de una ley federal que disponía que el 10% de los contratos de obras públicas se reservara a las minorías.

30. En el escrito presentado en nombre de una mayoría de seis jueces, la juez Sandra O'Connor seleccionó tres proposiciones emanadas de los casos anteriores del Tribunal en relación con programas basados en la raza:

- a) el escepticismo: las preferencias que se fundamentan en criterios raciales o étnicos deben necesariamente examinarse con la máxima atención;
- b) la aplicación sistemática: la norma de control no debe depender de la raza de las personas que se beneficien o sufran las consecuencias del plan en cuestión;
- c) la coherencia: la protección ha de ser la misma sea cual sea el nivel de gobierno (federal o no) implicado.

B. La acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

31. En lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Luxemburgo dictó en el caso Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen, el 17 de octubre de 1995, una sentencia en la que consideraba que:

"Una reglamentación nacional que garantice la preferencia absoluta e incondicional" (sin subrayar en el original) a las mujeres en los nombramientos o las promociones va más allá del fomento de la igualdad de oportunidades y rebasa los límites de la excepción prevista en el párrafo 4 del artículo 2 de la directiva."

32. Según el párrafo 4 del artículo 2 de la directiva 76/207/CEE del Consejo de la Unión Europea, de 9 de febrero de 1976, dicha directiva "no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres" en lo que se refiere al acceso al empleo, y a la promoción y la formación profesionales.

33. Ahora bien, la ley en cuestión relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en la administración pública concedía

"automáticamente (sin subrayar en el original) la preferencia en la promoción, en caso de igualdad de capacitación entre candidatos de sexo diferente, a las candidatas femeninas en los sectores en que las mujeres estén subrepresentadas, considerando que existe subrepresentación cuando las mujeres no representan como mínimo la mitad del personal de diferentes grados en la categoría de que se trate, y cuando eso ocurre también en los niveles de función previstos en el organigrama."

34. Sin embargo, en el caso Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó, el 11 de noviembre de 1997, una sentencia en la que consideró que la mencionada directiva no se oponía a

"Una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor (sin subrayar en el original), siempre que:

- dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que
- tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas."

35. La disposición controvertida (la segunda frase del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la función pública del Land (Beamtengesetz), de 1º de mayo de 1991 (modificada en último lugar el 7 de febrero de 1995), establece lo siguiente:

"Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la

promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor (sin subrayar en el original)."

36. Según el Tribunal, es la "cláusula de apertura" ("Öffnungsklausel"), que no instaura un automatismo a favor de las mujeres sino que permite prescindir de esa preferencia si "concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor", la que establece la diferencia con el caso Kalanke.

III. CONCLUSIONES

37. La presente nota sólo aspira a señalar a la atención algunos elementos de base que pueden servir como punto de partida para un estudio sobre la acción afirmativa.

38. Además de un análisis más a fondo de esos elementos de base, conviene hacer el inventario de las disposiciones nacionales constitucionales o legislativas en materia de acción afirmativa, así como de la jurisprudencia nacional relativa a esas disposiciones.

39. Se sugiere que se autorice a un eventual relator especial sobre esta cuestión a que solicite al Alto Comisionado para los Derechos Humanos que envíe un cuestionario sucinto sobre este asunto a los Estados miembros, a las organizaciones internacionales y a organizaciones no gubernamentales, pidiéndoles que faciliten la documentación nacional a ese respecto.

40. Entre los asuntos que habría que examinar, cabe mencionar, a título de ejemplo:

- a) las relaciones entre la prohibición de la discriminación y la acción afirmativa;
- b) los límites (en el tiempo, en cuanto al objeto, etc.) de la acción afirmativa;
- c) la existencia de diferencias en materia de acción afirmativa según los criterios (raza, sexo, idioma, etc.) que permiten distinguir a los grupos a los que dicha acción ha de beneficiar.

Bibliografía sucinta

BOSSUYT, Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruselas, 1976, 262 páginas.

_____, "The Principle of Equality in Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", de MESTRAL, Armand, The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Cowansville, Québec, 1986, págs. 269 a 290.

_____, "Article 14" en PETTITI, L. E., DECAUX, E & IMBERT, P-H., La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, París, Economica, 1995, págs. 475 a 488.

RAMCHARAN, B. G., "Equality and Non-Discrimination", HENKIN, Louis, The International Bill of Human Rights: The Covenant on Civil and Political Rights, Nueva York, 1981, págs. 246 a 269.

TOMUSCHAT, Christian, "Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights", von MUENCH, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlín, 1981, págs. 691 a 716.

McKEAN, William, Equality and Discrimination under International Law, Oxford, 1983, 333 páginas.

McWHIRTHER, Darie A., The End of Affirmative Action: Where do we go from there?, Nueva York, Birch Lane Press, 1996, 188 páginas.

OPSAHL, Torkel, "Equality in Human Rights Law with particular reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", Festschrift für F. Ermacora, Kehl, 1988, págs. 51 a 64.

RENAULD, Bernadette, "Les discriminations positives: Plus ou moins d'égalité?", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1997, págs. 425 a 460.

VIERDAG, Egbert, The Concept of Discrimination in International Law, La Haya, 1973, 176 páginas.
