



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2002/21
17 de junio de 2002

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección de
los Derechos Humanos
53º período de sesiones
Tema 5 del programa provisional

PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

El concepto y la práctica de la acción afirmativa

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

ÍNDICE

| | <u>Párrafos</u> | <u>Página</u> |
|--|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 - 4 | 3 |
| I. EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA..... | 5 - 15 | 3 |
| II. JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA..... | 16 - 39 | 7 |
| III. EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL | 40 - 70 | 15 |

ÍNDICE (continuación)

| | <u>Párrafos</u> | <u>Página</u> |
|---|-----------------|---------------|
| IV. FORMAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA..... | 71 - 80 | 25 |
| V. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA NO DEBEN GENERAR DISCRIMINACIÓN..... | 81 - 100 | 29 |
| VI. CONCLUSIONES..... | 101 - 114 | 36 |
| <u>Anexo</u> : Extractos de algunas de las respuestas recibidas por el Relator Especial | | 40 |

INTRODUCCIÓN

1. En su resolución 1998/5, la Subcomisión decidió, dado que el tema requería de una investigación minuciosa e integral, nombrar a Marc Bossuyt Relator Especial con la tarea de preparar un estudio sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa y lo autorizó a solicitar a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que enviara un cuestionario a los gobiernos, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales pidiéndoles que facilitaran la documentación nacional pertinente sobre la acción afirmativa.
2. En su decisión 1999/106, la Subcomisión renovó esa misma autorización al Relator Especial. El cuestionario fue enviado a los gobiernos, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales.
3. El presente informe se ha preparado de conformidad con la decisión 2001/107 de la Subcomisión, en que recordando la decisión 1999/253 del Consejo Económico y Social, la Subcomisión expresó su reconocimiento al Relator Especial por su informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/2000/11 y Corr.1) y su informe sobre la marcha de los trabajos (E/CN.4/Sub.2/2001/15) y decidió pedir al Secretario General que recordara a los gobiernos, a las organizaciones internacionales y a las organizaciones no gubernamentales que habían recibido el cuestionario que presentaran sus respuestas. El 28 de septiembre de 2001 se envió un recordatorio. A este respecto, el Relator Especial quisiera expresar su profunda gratitud a los Gobiernos de Bolivia, el Canadá, Chipre, Colombia, España, Fiji, Georgia, Grecia, Guatemala, Hungría, Israel, la Jamahiriya Árabe Libia, el Líbano, el Pakistán, el Paraguay, la República Eslovaca, la República Unida de Tanzania, Suiza, Tailandia y Trinidad y Tabago, así como a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (Departamento de Integración Social), el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), la Universidad de las Naciones Unidas, la Oficina Internacional del Trabajo, el Programa Mundial de Alimentos, la Unión Postal Universal, la Comisión Europea de la Comunidad Europea y la Catholic Women's League Australia Inc. por sus respuestas sustantivas al cuestionario.
4. A pesar de esas contribuciones que se valoran enormemente, el Relator Especial observa que muchos gobiernos no presentaron ninguna información, incluso los de algunos Estados que es sabido poseen un marco constitucional, legislativo o administrativo elaborado en lo que respecta al concepto y la práctica de la acción afirmativa. El Relator Especial cree que, en tales circunstancias, su informe daría una visión muy parcial y no necesariamente representativa de la situación de la acción afirmativa en el mundo de hoy si se basara exclusivamente en esa información. En el anexo se reproducen algunos extractos de las respuestas recibidas, con elementos particularmente útiles que ilustran algunos de los puntos planteados en el presente informe.

I. EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA

5. "Acción afirmativa" es un término de uso frecuente, pero desgraciadamente no siempre tiene el mismo significado. Aunque para algunos el concepto también encierra la "discriminación positiva", es de suma importancia recalcar que este término no tiene sentido.

De acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra "discriminación" exclusivamente para designar distinciones "arbitrarias", "injustas" o "ilegítimas", el término "discriminación positiva" es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse "discriminación", o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse "positiva". En cambio, el término "acción positiva" es equivalente a "acción afirmativa". El primero es de uso más frecuente en el Reino Unido. En muchos otros países, se conoce con el nombre de "políticas de preferencia", "reservas", "justicia compensatoria o distributiva", "trato de favor", etc.

6. Como concepto jurídico, la "acción afirmativa" tiene su lugar en derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general. Sin embargo, para discutirlo con seriedad es preciso, como condición previa, contar con una definición básica:

"La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva."

7. Pueden llevar a efecto las políticas de acción afirmativa distintos agentes del sector público, como el gobierno federal o los gobiernos estatales y locales, o del sector privado, como empleadores o centros de enseñanza.

8. La acción afirmativa siempre está destinada a un grupo determinado compuesto de personas que tienen una característica común en que está basada su pertenencia al grupo y se encuentran en situación de desventaja. Pese a que a menudo esa característica es innata e inalienable como el género, el color de la piel, la nacionalidad o la pertenencia a una minoría étnica, religiosa o lingüística, no necesariamente tiene que ser siempre así. Los programas de acción afirmativa anteriores y presentes han estado destinados a las mujeres, los negros, los inmigrantes, los pobres, los discapacitados, los ex combatientes, los indígenas, otros grupos raciales, determinadas minorías y así sucesivamente.

9. Una cuestión decisiva, que ocasionará mucha disconformidad, será el modo de determinar qué grupos están lo suficientemente desfavorecidos para merecer un trato especial. Pese a que tienen especial pertinencia algunos instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en muchos casos los beneficiarios de las medidas de acción afirmativa se determinarán conforme a la legislación de cada país¹.

¹ Por ejemplo, en los Estados Unidos se determinó que se tomarían medidas de acción afirmativa con respecto a los siguientes grupos "protegidos": los indígenas norteamericanos o los nativos de Alaska, quien proceda de los grupos autóctonos de Norteamérica y mantenga su identidad cultural por afiliación a la tribu o aceptación de la comunidad; los isleños de Asia o del Pacífico, quien proceda de los grupos autóctonos del Lejano Oriente, Asia sudoriental, Asia meridional o las islas del Pacífico; los negros, quien proceda de cualquier grupo racial negro africano; los hispanos, personas de cultura u origen mexicano, puertorriqueño, cubano, centro o sudamericano

10. La legislación nacional normalmente comienza por una política de acción afirmativa dirigida a un grupo desfavorecido particular. Más tarde se suele hacer extensiva a otros grupos. Esto plantea el problema de la incorporación de un número excesivo de personas a los programas porque a veces se toma como situación de desfavor la pertenencia a algunos grupos definidos por la raza, el origen étnico o el género. La autenticidad de la relación entre la acción afirmativa y la compensación por discriminaciones pasadas o sociales depende de la medida en que la raza, el origen étnico o el género en realidad sea un indicador del mal social que deba erradicar el programa de acción afirmativa y de la medida en que tener en cuenta la raza, el origen étnico o el género sea un método apropiado para combatir la discriminación. Puede suceder que la acción afirmativa beneficie a algunas personas sin que hayan sido objeto de discriminaciones pasadas o sociales². Especialmente en los Estados Unidos, esta cuestión ha provocado cierto debate³. En tanto que originalmente la acción afirmativa estaba destinada a los norteamericanos descendientes de africanos, con el correr del tiempo también se destinó a abordar las desigualdades de otros grupos desfavorecidos, en su mayoría inmigrantes⁴. Se planteó si los inmigrantes que llegaron voluntariamente a los Estados Unidos debían ser protegidos del mismo modo que los descendientes de africanos que fueron sometidos a la esclavitud⁵. Fundamentalmente, en los Estados Unidos los grupos protegidos son un conjunto de personas con distintos motivos legales para reclamar reparación, descendientes de inmigrantes libres, de pueblos conquistados o de esclavos.

11. Otro aspecto es la teoría de las dos clases, que plantea la cuestión de quién resulta beneficiado realmente de las políticas de favor. Parece ser que quien mejor aprovecha las medidas de acción afirmativa es el segmento más afortunado de los grupos beneficiarios. Por ejemplo, la acción afirmativa en el caso de las mujeres con frecuencia beneficiará a un mayor número de mujeres blancas de clase media que a mujeres de una clase inferior de otro origen étnico. Si favorece a una categoría amplia como los hispanos o los norteamericanos de origen asiático, sacarán más provecho algunos grupos étnicos que otros dentro de esas categorías

u otra procedencia española, sin tener en cuenta la raza. En Sudáfrica, se ha designado así a los negros (africanos), las personas clasificadas como "de color" y los indios sudafricanos, las mujeres y las personas con discapacidades. Para más información sobre la cuestión de la identidad racial en Sudáfrica, véase P. E. Andrews, "Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism", Law in Context, 1999, págs. 91 a 93.

² G. Moens, Affirmative Action, the New Discrimination, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, págs. 81 y 82.

³ L. Newton, "Reverse discrimination as unjustified", International Journal of Ethics, 1973, vol. 83, págs. 311 y 312.

⁴ Véase C. Hamilton, "Affirmative action and the clash of experimental realities", The Annals, 1992, vol. 523, págs. 10 a 18. La varia experiencia de los norteamericanos descendientes de africanos y los inmigrantes también da lugar a exigencias políticas y una mentalidad diferentes con respecto a las deudas que tiene la sociedad.

⁵ N. Glazer, Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Policy, Nueva York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, págs. 198 a 200.

porque ya tienen una situación económica, de educación o de empleo mejores. En otras palabras, los programas de acción afirmativa tienden a favorecer a los miembros más pudientes y menos desfavorecidos de un grupo.

12. Esta teoría de las dos clases puede dar lugar a la creación de una minoría "desfavorecida" o "discriminada" más dentro de la mayoría. Es probable que los programas de favor creen nuevos grupos desfavorecidos. En realidad, es probable que la mayoría de los excluidos de los beneficios sociales de los programas de favor pertenezcan a los segmentos inferiores de la población blanca de sexo masculino mientras que las minorías beneficiadas pertenezcan a la cúspide de la clasificación de las minorías o de las personas de sexo femenino⁶. Así, la acción afirmativa bien puede trasladar las responsabilidades sociales de un grupo a otro.

13. Puede resultar difícil determinar quién forma parte de un grupo beneficiario. Por ejemplo, ¿cuán "negro" debe ser alguien para ser considerado como tal y tener derecho a los beneficios de los programas de acción afirmativa? Por lo que respecta a los inmigrantes, no siempre queda claro quién sigue siéndolo en el caso de inmigrantes de segunda, tercera o cuarta generación. ¿Qué decir de los hijos de matrimonios mixtos? Por añadidura, ya se dan casos de personas o grupos enteros que se redefinen y reclaman una condición particular para beneficiarse de las medidas de acción afirmativa⁷.

14. Algunos propugnan la elaboración de una nueva ley sobre la condición étnica y racial que defina quién tiene derecho a esos beneficios. Otros dicen que son decisivas la imagen que el grupo tiene de sí mismo y la que tiene de él la comunidad a que pertenece. Naturalmente, esta imagen puede variar con el tiempo. En este contexto, la Recomendación general N° VIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativa a la interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la

⁶ G. Moens, *op. cit.*, págs. 82 y 83, cita a Sowell así: "No será ni un Rockefeller ni un Kennedy quien sea excluido para dar cupo a otros; será un DeFunis o un Bakke. Sin contar la influencia personal que pueden ejercer sobre las decisiones de admisión, los ricos pueden ofrecer a sus hijos la clase de educación privada que casi les garantizará que en las pruebas sacarán notas muy superiores al nivel en que se proceda a la exclusión. Así como los alumnos que quedan excluidos es probable que salgan de los segmentos inferiores de la escala social de la población blanca, es probable que los alumnos de las minorías escogidos salgan de lo alto de la escala de las minorías. En pocas palabras, es una transferencia obligada de ventajas de quien menos se lo puede permitir a quien menos lo necesita".

⁷ Por ejemplo, quien tenga una madre de apellido español y que considere conveniente cambiar de apellido pues en los Estados Unidos la acción afirmativa también se aplica a los nacionales con apellidos españoles. N. Glazer, *op. cit.*, pág. 200.

La Comisión India de 1953, que fue establecida para empadronar a las clases atrasadas que debían ser objeto de medidas de acción afirmativa, se vio enfrentada al problema de las castas superiores que renunciaban a su condición y su posición "para no perder la ayuda del Estado". F. de Zwart, "Positieve discriminatie en identiteitpolitiek in India: grenzen aan sociale constructies", *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 199, N° 4, pág. 268.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es de especial interés⁸. Habiendo examinado los informes de los Estados Partes sobre la manera en que se define la condición de miembro de un grupo racial o étnico determinado, el Comité afirmó que esa definición, si nada justificaba lo contrario, se basaría en la propia identificación de la persona interesada.

15. No cabe duda de que plantea un grave problema escoger y definir los grupos que han de beneficiarse de programas de acción afirmativa. Ello muestra la importancia de no basarse únicamente en la pertenencia a un grupo, sino de tener en cuenta otros factores, como los de carácter socioeconómico, para cerciorarse de quién tiene derecho a beneficiarse de esa acción. Esto supone considerar la acción afirmativa desde un punto de vista más individual, ofreciendo oportunidades de acuerdo con las necesidades de cada persona en vez de únicamente debido a su pertenencia a determinado grupo⁹.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA

16. Al introducir una política de acción afirmativa, los Estados tratarán de justificarla a los ojos de la opinión pública. Los argumentos que aduzcan dependerán principalmente del contexto social del Estado. A continuación se examinan algunos de los motivos más frecuentes de justificación, así como los argumentos en contra¹⁰.

A. Enderezar o reparar injusticias históricas

17. El propósito es compensar por discriminaciones intencionales o específicas del pasado cuyas repercusiones todavía se sientan. Algunos grupos desfavorecidos han sido discriminados por mucho tiempo de modo que sus descendientes están en una situación de desfavor a causa, por ejemplo, de una educación o formación deficientes.

⁸ Véase HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), Part III.

⁹ En Malasia, los chinos e indios pobres que trabajan en explotaciones agrícolas, de caucho o mineras en las zonas rurales o como criados en las zonas urbanas son tan explotados como sus colegas malasios. Todos son víctimas de explotación entre las razas y dentro de cada raza. Según Philips, "la explotación es una cuestión tanto de clases y poder como de raza, una cuestión tanto económica como étnica". Pese a que la acción afirmativa beneficia a los malayos, ha favorecido más a las clases altas malayas y no malayas. Por consiguiente, Philips propone escoger los beneficiarios por su clase y su ubicación, en vez de por grupos étnicos. E. Philips, "Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom", en B. Hepple y E. Szyszczak, Discrimination: the Limits of the Law, Londres, Mansell, 1992, págs. 352 y 353.

¹⁰ Véase un examen general del tema en G. Pitt, "Can reverse discrimination be justified?", en B. Hepple y E. Szyszczak, op. cit., págs. 281 a 299; C. McCrudden, "Rethinking positive action", Industrial Law Journal, 1986, vol. 15, págs. 219 a 243.

18. En los Estados Unidos se utilizaba y se sigue utilizando esta justificación principalmente en apoyo de las políticas públicas para "superar los efectos en el presente de antiguas prácticas de discriminación racial" contra norteamericanos descendientes de africanos. Los programas estadounidenses de acción afirmativa tuvieron su origen en la Orden Ejecutiva 10925 dictada por el Presidente John F. Kennedy en 1961 y en la Orden Ejecutiva 11426 dictada por el Presidente Lyndon Johnson en 1965¹¹. Así, la Comisión de Derechos Civiles de los Estados Unidos sostuvo: "La acción afirmativa encierra toda medida que vaya más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por discriminaciones pasadas o presentes o para impedir que ocurran en lo sucesivo"¹². El Gobierno de Australia, por ejemplo, recurre al mismo razonamiento en su política de acción afirmativa para con los aborígenes de Australia.

B. Reparar la discriminación social/estructural

19. La persistencia de disparidades en la educación y la condición social, económica o de otra índole indica que el reconocimiento de la igualdad de todos ante la ley establece una igualdad formal que no basta para afrontar como es debido prácticas sociales que dan lugar a la discriminación estructural. Fundamentalmente, la noción de discriminación estructural encierra todo tipo de medidas, procedimientos, acciones o disposiciones legales que a primera vista son neutros con respecto a la raza, el sexo, el origen étnico y otros aspectos, pero que sin una justificación objetiva tienen consecuencias adversas desproporcionadas para los grupos desfavorecidos. Esta forma de discriminación puede ocurrir de dos maneras. Se pueden ocultar deliberadamente las verdaderas intenciones detrás de criterios objetivos o se puede perfectamente proceder de buena fe al exigir ciertas aptitudes para el empleo. No obstante, ambas prácticas dan lugar a una discriminación indirecta o encubierta. Por ejemplo, la exigencia de una altura mínima puede ser una desventaja desproporcionada para las mujeres o los asiáticos y puede ser un requisito de empleo injustificable si no tiene una necesidad objetiva de ella, como pueden serlo las pruebas de aptitud física o las pruebas escritas. No siempre es fácil detectar esa discriminación a primera vista. El concepto tradicional del principio de no discriminación se

¹¹ Al decir del Presidente Lyndon Johnson sobre el propósito de los programas de acción afirmativa, "no se borran las huellas de centurias con sólo decir "ahora sois libres de ir donde queráis, y hacer lo que queráis"... No se toma a quien durante años ha estado encadenado y se le da la libertad, conduciéndolo a la línea de partida de una carrera y diciéndole "eres libre de competir con los demás", pensando que efectivamente se ha actuado con entera justicia... Procuramos... no sólo la igualdad como un derecho y una teoría sino la igualdad como un hecho y la igualdad como consecuencia". Extracto de un discurso del Presidente Johnson en una ceremonia de graduación de Howard University en junio de 1965 que cita S. M. Cahn (editor), The Affirmative Action Debate, Londres, Routledge, 1995, pág. xii.

¹² Declaración sobre la acción afirmativa de la Comisión de Derechos Civiles de los Estados Unidos de octubre de 1977, pág. 2, citada en W. L. Taylor y S. M. Liss, "Affirmative action in the 1990s: Staying the course"; The Annals, 1992, vol. 523, pág. 31.

basa en un criterio neutro, que es el de la igualdad de hecho, y sólo apunta a remediar la discriminación expresa o directa¹³.

C. Crear diversidad o una representación proporcional de los grupos

20. Últimamente, teóricos de la raza críticos (critical race theorists) y otros estudiosos han establecido otro argumento para la acción afirmativa, a saber, que la presencia de una diversidad racial y étnica en los centros de enseñanza y en el lugar de trabajo es un componente necesario de toda sociedad justa¹⁴. En realidad, sostienen que un entorno diverso desde el punto de vista racial y étnico es un fiel trasunto de la sociedad en general y promueve un sentido de comunidad más representativo y más rico. Les parece que la "diversidad positiva" es una mejor manera de conseguir una justicia compensatoria para las minorías raciales y étnicas y, por lo tanto, afirman que hay que separar de la acción afirmativa la diversidad como argumento a favor de las preferencias raciales.

¹³ Véase también T. Loenen, "Indirect discrimination: oscillating between containment and revolution", en T. Loenen y P. R. Rodrigues (editores), Non-discrimination Law: Comparative Perspectives, La Haya, Kluwer Law International, 1999, págs. 195 a 211; M. Selmi, "Indirect discrimination: a perspective from the United States", en T. Loenen y P. R. Rodrigues (editores), op. cit., págs. 213 a 222; B. Vizkelety, "Adverse effect discrimination in Canada: crossing the Rubicon from formal to substantive equality", en op. cit., págs. 223 a 236; I. Sjerps, "Effects and justifications. Or how to establish a prima facie case of indirect sex discrimination", en op. cit., págs. 237 a 263.

El Comité de Derechos Humanos define la "discriminación" en su Observación general N° 18 así: "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 las libertades fundamentales de todas las personas" (HRI/GEN/1/Rev.1, Part I, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18, párr. 7). Esta definición está reflejada en la jurisprudencia del Comité, pese a que con cierta falta de uniformidad. Por ejemplo, su dictamen en K. Singh Bhinder c. el Canadá indica que incurrirán en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos casos evidentes de discriminación indirecta (A/45/40, vol. II, anexo IX. sec. E, comunicación N° 208/1986). Por último, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial dice: "Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico" (HRI/GEN/1/Rev.1, Part III, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° XIV relativa al artículo 1 de la Convención, párr. 2).

¹⁴ Véase más información en T. L. Banks, "Equality, affirmative action and diversity in the United States", C. R. Lawrence y M. J. Matsuda, We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997.

21. El concepto de diversidad como justificación de las preferencias raciales en el contexto de la educación superior apareció primero en DeFunis v. Odegaard (416 U.S. 312, 1974)¹⁵. En su voto disconforme, el magistrado Douglas señaló que le parecía evidente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se oponía a las preferencias raciales con fines correctivos a menos que "se tuvieran en cuenta las normas culturales de una sociedad diversa y no homogénea".

Este razonamiento de la diversidad se esgrimió más tarde en el caso Regents of the University v. Bakke (483 U.S. 265, 1978). En nombre de la mayoría, el magistrado Powell argumentó que la raza podía ser uno de muchos factores al adoptar las decisiones de admisión. El objetivo admisible era el interés de la universidad de contar con un alumnado diverso. Se estimó que la libertad de enseñanza comprendía el derecho a escoger a los estudiantes, pues distintos alumnos podían aportar experiencias diversas y ello podría enriquecer la experiencia educativa en general¹⁶.

¹⁵ En este caso, el Tribunal Supremo se negó a tratar directamente la cuestión de si se podían permitir preferencias por motivos de raza y dictaminó en cambio que el asunto era discutible pues el peticionario, Marco DeFunis, terminaría sus estudios de derecho aunque perdiera el caso.

¹⁶ En varios tribunales federales últimamente se ha impugnado el concepto de diversidad. La validez de la diversidad como objetivo se puso en duda en un tribunal de apelación federal en el asunto Hopwood v. Texas (78 F 3d 932, 5th Cir 1996, cert denied, 135 L Ed 1094, 1997). El tribunal razonó que el Gobierno no tiene un interés especial en que haya diversidad racial en la enseñanza superior y que ello es incompatible con la idea de unos criterios de admisión indiferentes al color o basados en el mérito. Véase asimismo Podberesky v. Kirwan (38 F 3d 52, 4th Cir 1994, cert denied, 131 L Ed. 1002, 1995), S. Thernstrom, "The scandal of the law schools", Commentary, diciembre de 1997, págs. 27 a 31. Además, en 1996 la Junta de Regentes de la Universidad de California votó a favor de prohibir la utilización de los factores de raza, religión, sexo, color, origen étnico o nacional en las decisiones de admisión, empleo o contratación en los nueve predios públicos de la universidad. Véase asimismo la proposición 209 de California que prohíbe las preferencias por motivos raciales en la enseñanza superior. Véanse también las opiniones disidentes de tratadistas que afirman que las preferencias raciales en la enseñanza superior son de todo punto de vista ineficaces y en la mayoría de los casos constituyen un doble rasero manifiesto. Crearía un clima racial más sano dejar que los alumnos de las minorías avanzaran por sus propios méritos. Por otro lado, estiman que el debate sobre el trato de favor en la enseñanza superior ha desviado la atención del verdadero problema: las enormes diferencias raciales en el rendimiento escolar en las escuelas primarias y secundarias. Mientras existan esas diferencias, a su parecer, han de fracasar los esfuerzos por alcanzar la paridad en la enseñanza superior. Otro problema es que no se ha acordado cuánta "diversidad" es suficiente ni cuánto daño se puede hacer a terceros. S. Thernstrom y A. Thernstrom, "Racial preferences: what we now know", Commentary, febrero de 1999, págs. 44 a 50.

D. Argumentos relativos a la utilidad social¹⁷

22. Los partidarios de la acción afirmativa suelen señalar los muchos objetivos sociales que podría conseguir esa política. Elaborar una buena política de acción afirmativa aumentaría el bienestar de muchas personas de distintas maneras.

23. La acción afirmativa podría resultar en mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales procedentes de los grupos desfavorecidos entienden y conocen mejor los problemas de estos grupos. Por otro lado, cuando ocupen puestos de poder e influencia miembros de grupos desfavorecidos, se podrá comprender y proteger mejor los intereses de todos los grupos desfavorecidos. Una representación justa y visible de esos grupos en diversas esferas como el empleo o la educación permitiría una acción social y política más eficaz en esas esferas.

24. Otro argumento es que la acción afirmativa puede ofrecer modelos de conducta a las comunidades en desventaja que pueden darles incentivo y motivación considerables. Además, el incremento de la participación de miembros de grupos desfavorecidos en distintos medios sociales acabará con los estereotipos y prejuicios que siguen arraigados en muchas sociedades.

25. No obstante, muchos argumentan que esta clase de acción afirmativa entraña riesgos para la calidad. Dar preferencia a personas menos calificadas únicamente porque pertenecen a determinado grupo es exponerse a reforzar los estereotipos en vez de conseguir lo contrario pues, por ejemplo, la disminución de los requisitos disminuye la eficiencia de la industria y la educación. De hecho, podría perpetuar los planteamientos racistas.

E. Evitar la agitación social

26. No se puede desconocer que se están utilizando programas de acción afirmativa, desde los programas especiales para zonas desfavorecidas y los programas de preferencia de género de la Unión Europea hasta los programas regionales de cupos en la India y Nigeria, para promover los intereses de los más postergados y para superar las desigualdades internas de poder económico y político con la esperanza de prevenir la agitación social¹⁸.

27. Durante el decenio de 1960, los Estados Unidos enfrentaron diversos disturbios raciales que dejaron estupefactos a muchos norteamericanos no sólo porque ocurrieron principalmente en las ciudades del norte, sino también porque se produjeron después de la entrada en vigor en 1964

¹⁷ Véanse asimismo K. Greenawalt, Discrimination and Reverse Discrimination, Nueva York, Borzoi Books in Law and American Society, 1983, págs. 52 a 70; R. K. Fullinwider, The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis, Nueva Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, págs. 18 a 29, e I. Glasser, "Affirmative action and the legacy of racial injustice", en P. A. Katz y D. A. Taylor, Eliminating Racism, Profiles in Controversy, Nueva York, Plenum Press, 1988.

¹⁸ Véase M. O. Chibundu, "Affirmative action and international law", Law in Context, 1999, págs. 31 y 32. Véase asimismo un documento elaborado por F. De Varennes, "Minority rights and the prevention of ethnic conflicts" (E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.3).

y 1965 de la Ley de derechos civiles y de la Ley del derecho de voto, respectivamente. Por fin en la sociedad norteamericana había quedado prohibido hacer distinciones de raza y se había concedido el derecho de voto a la comunidad negra, pero para muchos dirigentes negros militantes aún no era suficiente. Tras los cruentos y violentos disturbios en Watts en 1965, los políticos norteamericanos consideraron la situación lo suficientemente amenazadora para tomar cartas en el asunto. Tanto el Presidente John Kennedy como el Presidente Lyndon Johnson comprendieron que las relaciones raciales en los Estados Unidos nunca habían tenido tanta importancia. Aparte de establecer programas de lucha contra la pobreza como la conocida "Guerra contra la pobreza" del Presidente Johnson, se intentó reducir el desempleo de los negros con importantes programas de acción afirmativa, como el de los controvertidos cupos. Según el Presidente Johnson: "Si dan empleo a esta gente, no harán una revolución porque han quedado excluidos. Si están trabajando, no lanzarán bombas contra sus hogares y fábricas. Manténganlos ocupados y no tendrán tiempo de incendiar sus automóviles"¹⁹.

F. Mayor eficiencia del sistema socioeconómico

28. Algunos economistas afirman que la eliminación de la discriminación contra los grupos desfavorecidos contribuirá a la eficiencia y la justicia del sistema socioeconómico. Se puede sacar el mejor partido del mercado laboral si se corrigen las imperfecciones actuales debidas a los prejuicios irracionales²⁰.

G. Un medio de construir la nación

29. En los albores de un nuevo Estado, se intenta crear una sociedad más igualitaria y una nacionalidad común para fortalecer su soberanía. Los Estados que consiguieron la independencia después de un largo período de colonización lo han ilustrado con muchos ejemplos. Esos Estados se hallan divididos por conflictos étnicos o se dieron cuenta de que varios grupos se habrán quedado rezagados.

H. Igualdad de oportunidades en relación con la igualdad de resultados

30. Está claro que el objetivo principal de la acción afirmativa es establecer una sociedad más igualitaria. Sin embargo, existen muchos ideales de igualdad a veces contradictorios y conflictivos. La propia igualdad es esencialmente una categoría no determinada que suele adquirir el significado que le dan los responsables de las políticas.

¹⁹ Cita extraída de J. D. Skrentny, The Ironies of Affirmative Action, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, pág. 113.

²⁰ Véase P. A. Samuelson, Economics, Nueva York, McGraw-Hill Book Company, 1970, págs. 780 a 794.

31. Dos ideales de igualdad que son especialmente pertinentes para la acción afirmativa son la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. La elección de un ideal determinará también qué programas de acción afirmativa se consideran convenientes o adecuados, y qué visión de la justicia social quiere llevar a la práctica la sociedad²¹.

32. El ideal de la igualdad de oportunidades es consecuente con el planteamiento de que el objetivo de la legislación contra la discriminación es garantizar la reducción de la discriminación eliminando o depurando los procesos de decisión de las consideraciones ilegítimas relacionadas con la raza, el género o la etnia que perjudican a las personas. No se ocupa del resultado, excepto como indicador de un proceso defectuoso. Este criterio es marcadamente individualista, ya que se concentra en garantizar la equidad para el individuo. Proviene de una visión liberal de la sociedad que refleja el respeto por la eficiencia, el mérito y los logros.

33. Esta visión de la igualdad se considera "manejable" en la medida en que su objetivo se puede definir con cierto grado de certeza. Por ejemplo, en el contexto del empleo, significa que las personas tienen derecho a concursar por los puestos exclusivamente sobre la base de las características necesarias para el desempeño satisfactorio de las respectivas funciones. El razonamiento es que las características raciales, sexuales y étnicas no son pertinentes a la manera en que las personas deben ser tratadas. Por tanto, es preciso seleccionar y contratar a las personas sin tener en cuenta la raza, el género, el origen étnico, etc. La igualdad de oportunidades promueve el libre albedrío y la libre competencia entre las personas. Por tanto, permite la movilidad social, tanto ascendente como descendente, de acuerdo con los talentos y los conocimientos personales. Las medidas de acción afirmativa que correspondan a este ideal de igualdad de oportunidades serán, evidentemente, medidas destinadas a crear capacidad y promover una adopción de decisiones que no tenga en cuenta el género ni la raza (contratación afirmativa y preferencia afirmativa).

34. Los críticos de la igualdad de oportunidades consideran que el objetivo debería ser establecer los resultados de los procesos de decisión. Afirman que el propósito principal es la mejora de la situación relativa de los grupos desfavorecidos. Este planteamiento por lo general se ocupa de la posición relativa de los grupos o las clases y no de los individuos. La igualdad no puede depender de la actuación individual.

35. Mientras que según el criterio de la igualdad de oportunidad los talentos y las capacidades no están distribuidos de manera uniforme entre la humanidad, según el de la igualdad de resultados, las capacidades y los talentos están distribuidos uniformemente. Hombres, mujeres, blancos y minorías étnicas tienen en promedio los mismos talentos y capacidades. Así pues, la puesta en práctica del ideal de la igualdad de oportunidades debería dar lugar a la igualdad de resultados, en el sentido de que los hombres, las mujeres, los blancos y las minorías étnicas estarían representados en puestos de influencia y poder proporcionalmente a su número total en la sociedad. Siguiendo este razonamiento, esto significa que cualquier gran diferencia en los

²¹ Sobre esta cuestión, véase M. B. Abram, "Affirmative action: fair shakers and social engineers", en C. McCrudden (ed.), Anti-discrimination Law, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, págs. 499 a 513; S. Fredman, "Reversing discrimination", The Law Quarterly Review, 1997, págs. 575 a 600.

resultados debe por fuerza obedecer a la existencia de un sistema o una estructura de discriminación que es consecuencia de determinadas prácticas.

36. El ideal de la igualdad de resultados es más controvertido debido a sus métodos, que son abiertos y no son manejables, como, por ejemplo, la implantación de cupos. Los cupos son criticados con frecuencia porque sirven para poner en desventaja a otros grupos vulnerables que tienen los mismos derechos a la igualdad, porque contribuyen a la hostilidad y al resentimiento entre los grupos sociales y porque no tienen en cuenta el elemento fundamental de la opción individual. Ello provoca el desplazamiento o el rechazo de aquellos que, conforme a los criterios tradicionales habrían recibido un bien social.

37. Cabe preguntarse si se puede pedir a las personas que hagan sacrificios para compensar a algunos miembros de los grupos beneficiarios. Como ya se ha dicho, hay que evitar por encima de todo la discriminación en sentido inverso. Como señala McCrudden, se dice que este planteamiento no tiene suficientemente en cuenta el grado en que la carga de ayudar a los grupos desfavorecidos recae en terceros que pueden ser "inocentes" de los males del pasado, que pueden no haberse beneficiado en absoluto de la discriminación contra esos grupos en el pasado y que incluyen a algunos de los sectores de situación económica más precaria en la comunidad²².

38. Es interesante observar que la mayoría de los países empezó con programas de acción afirmativa que correspondían al ideal de la igualdad de oportunidades. No obstante, gradualmente este ideal fue sustituido por el de la igualdad de resultados, debido a la presión política o social²³. Con frecuencia se confunden los dos ideales y la legislación no aclara qué ideal de igualdad quiere que se persiga.

39. Con todo, está claro que la cuestión no es simplemente si se está a favor o en contra de la acción afirmativa para un grupo determinado. El método con el cual se trata de conseguir la mejora de su situación es sumamente importante por cuanto determinará el apoyo o la oposición de los demás a esas medidas²⁴. Una última observación: los programas de acción afirmativa no son un sustituto de los programas de reducción de la pobreza. Tampoco sustituyen las leyes contra la discriminación, ya que no proporcionan beneficios a grupos tales como las minorías

²² Véase un resumen de todos los argumentos a favor y en contra de la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados en C. McCrudden, Anti-discrimination Law, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, págs. xvi a xviii.

²³ Véase, por ejemplo, acerca de la evolución de la acción afirmativa en Australia, G. Moens, op. cit., págs. 53 a 74, y sobre una historia de la acción afirmativa en los Estados Unidos, D. McWhirter, The end of affirmative action, where do we go from here?, Nueva York, Birch Lane Press, 1996.

²⁴ T. Sowll (op. cit., pág. 165) recuerda que en los Estados Unidos las políticas preferenciales en repetidas ocasiones han sido rechazadas en las encuestas de opinión pública. Sin embargo, la misma opinión pública de los Estados Unidos se ha mostrado muy partidaria de que se impartan gratuitamente cursos especiales de enseñanza o de formación profesional para potenciar a los grupos minoritarios.

china o judía, que son objeto de discriminación en muchos países, pero por lo general no son grupos desfavorecidos²⁵.

III. EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

40. 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."²⁶

41. 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 el adelanto 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 interpretaría como discriminación en el sentido utilizado en el párrafo. Se retiró 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 pacto²⁷.

42. Según Craven, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no prevé que se llegue a una igualdad absoluta de resultados en el sentido de lograr una distribución igualitaria de los beneficios materiales a todos los miembros de la sociedad. Sí prevé, 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 oportunidades²⁸. En su primera Observación general, el Comité de Derechos Económicos,

²⁵ Naciones Unidas, Departamento de Información Económica y Social y de Análisis de Políticas, Informe sobre la situación social en el mundo, 1997 (E/1997/15), cap. VIII, párr. 94.

²⁶ Documento de las Naciones Unidas A/C.3/SR.1182, párr. 17.

²⁷ Documento de las Naciones Unidas A/C.3/SR.1183, párrs. 12 y 29.

²⁸ M. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a perspective on its development, Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 158.

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 derechos²⁹.

43. La idea de igualdad de oportunidades se trata específicamente 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 directivos. 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.

44. Sin embargo, Craven agrega que todos los artículos parecen excluir la posibilidad de un sistema de 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.

45. 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 que se refiera expresamente a la discapacidad, probablemente por inadvertencia, 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

²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 1, párr. 3, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/Rev.4 (2000).

necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente."³⁰

46. En la Observación general N° 13, se afirma que la adopción de medidas temporales especiales con el fin de 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 desiguales 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 Pacto³¹.

47. 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".

48. Señaló que, debido al trato recibido en épocas pasadas o a otras circunstancias históricas, se debían conceder a un sector determinado de la población mayores privilegios y protección 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 el punto de vista del representante de la India y declaró que dicha interpretación, que no había suscitado objeción alguna, debía mencionarse especialmente en el informe³². Se formularon opiniones análogas en relación con el artículo 26³³.

49. 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:

³⁰ *Ibid.*, Observación general N° 5, párr. 9.

³¹ *Ibid.*, Observación general N° 13, párrs. 32 y 33.

³² 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.

³³ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/SR.122, págs. 8 y 11.

"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 consistir en 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 constituyen una diferenciación legítima con arreglo al Pacto."³⁴

50. La práctica del Comité de Derechos Humanos ha corroborado su observación sobre las medidas de acción afirmativa. 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 que luego habían sido restituidos en sus cargos. El autor manifestaba que este trato preferencial menoscababa 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 un medio de "reparación" para las personas que habían sido previamente víctimas de violaciones del artículo 26 del Pacto³⁵.

51. 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 comercio³⁶. Por ello, se consideró que la medida de acción afirmativa en este caso había ido demasiado lejos, pues no guardaba proporción con su finalidad.

52. 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 desfavorecidos. En general se estaba de acuerdo en que la prohibición sólo se refería a distinciones de carácter desfavorable 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.

³⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18, párr. 10, en HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

³⁵ 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).

³⁶ Comunicación N° 385/1989, en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/48/40), vol. II, anexo XII, sec. P.

53. Por ello, según Thornberry, cabe concluir que el concepto de acción afirmativa no es contrario al derecho de los Pactos³⁷. En esta misma línea, Vijapur argumenta que el principio de no discriminación en la normativa internacional de los 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 humanos³⁸. Cabe destacar, sin embargo, que en ninguno de los dos Pactos se ha señalado explícitamente que las medidas de acción afirmativa tengan un carácter obligatorio³⁹. 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.

54. 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.

55. 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 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

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

satisfacer las necesidades particulares de las personas que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, en general se consideren necesitadas de protección o asistencia especial. Se afirma claramente que dichas medidas no constituyen discriminación.

56. 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 excluir a ningún 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 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.

57. El artículo 5 de esa misma Convención se refiere al derecho de los miembros de minorías nacionales a desarrollar sus propias actividades docentes, 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 indica que el Estado tenga la obligación de prestar asistencia financiera o de otra índole al grupo. Thornberry lo califica de libertad negativa antes que de libertad positiva⁴⁰. En la labor preparatoria se indica también que las medidas especiales encaminadas a hacer frente a las necesidades específicas de las personas en determinadas circunstancias, como los niños atrasados, los ciegos, los inmigrantes y las poblaciones

⁴⁰ 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 conjunto de la comunidad sin tener en cuenta las diferencias culturales. En cualquier conflicto por violación de 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.

analfabetas, no son preferencias "injustificadas", sino que servirían más bien para situar a las personas desfavorecidas en condiciones de auténtica igualdad⁴¹.

58. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial, aprobada en 1966, se refiere en el párrafo 4 de su artículo 1 a 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."

59. 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 desarrollo 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 subraya 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.

60. 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 régimen de apartheid de ese entonces. En el debate sobre el párrafo dedicado a las medidas especiales, algunos representantes indicaron que temían que pudieran ser usados como arma por gobiernos deseosos de perpetuar la separación de ciertos grupos del resto de la población o 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 ciudadanos⁴².

⁴¹ Documento de la UNESCO 11C/15, anexo III, párr. 36 y E/CN.4/Sub.2/210, anexo III, párr. 13.

⁴² 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

61. 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 méritos⁴³.

62. No se puede 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, concitó amplio apoyo, ya que se aprobó unánimemente por aclamación. Se considera que ya forma parte de la normativa internacional de los derechos humanos, puesto que se trata de un instrumento internacional de carácter general que trata de 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 justificar 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 muestra el debido respeto por los diferentes grupos.

63. 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 pie 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 y de facilitar, especialmente por medio de la educación, su promoción social y profesional⁴⁴.

64. 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:

la Constitución autoriza expresamente medidas especiales para proteger a los grupos más retrasados, es decir, a los integrantes de las castas y tribus reconocidas.

⁴³ Documento de las Naciones Unidas ST/TAO/HR.34, párrs. 147 a 155.

⁴⁴ 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".

"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."

65. 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 señaló, sin embargo, que el artículo 3 no se limita a establecer el principio de igualdad sino que insta a los Estados a hacerla efectiva⁴⁵. 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 discriminación por varios motivos, uno de los cuales es el sexo- requiere no solamente medidas de protección sino también una acción afirmativa destinada a garantizar el disfrute real de los derechos. Eso no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes⁴⁶.

66. En 1975, la OIT aprobó una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras⁴⁷. En el párrafo 2 del artículo 2, se establece que no se considerará como discriminatorio un trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos⁴⁸. 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

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 4, párr. 2, en HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

establecer programas dirigidos exclusivamente a ellas para que puedan reducir gradualmente la desventaja en que se encuentran y finalmente lleguen a eliminarla⁴⁹.

67. Durante la elaboración de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra 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."

68. Pusieron de relieve el carácter polémico de este artículo 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 en sentido inverso", con lo que querían decir una "discriminación a favor de la mujer", 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 beneficio permanente 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 innecesaria⁵⁰.

69. Para algunos 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. 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.

⁴⁹ Véase el documento de las Naciones Unidas E/CN.6/632, párr. 92.

⁵⁰ 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.

70. En su Recomendación general N° 23 sobre vida política y pública, el Comité hace referencia a las medidas especiales de carácter temporal de la siguiente manera:

"La eliminación de las barreras jurídicas, 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 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."⁵¹

IV. FORMAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA

71. Con mucha frecuencia la acción afirmativa considera una denominación genérica, como si se tratara de medidas uniformes. Ahora bien, en un estudio de la Oficina Internacional del Trabajo realizado por Hodges-Aeberhard y Raskin se demuestra que en realidad también pueden cambiar los métodos para conseguir esos objetivos: se puede probar que se da cumplimiento a la legislación en materia de acción afirmativa aplicando toda una serie de políticas que respondan a un contexto particular⁵². Algunas formas de acción afirmativa serán más eficaces o adecuadas para promover la igualdad que otras de acuerdo con el contexto particular y las políticas que se escojan. Por otro lado, como se señaló en el informe preliminar, siempre se deberán ajustar las medidas de acción afirmativa al principio de no discriminación. En la medida en que la "acción

⁵¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 23, Vida política y pública, párr. 15, en HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

⁵² J. Hodges-Aeberhard y C. Raskin, Affirmative Action in the Employment of Ethnic Minorities and Persons with Disabilities, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. Basaron su estudio en ocho estudios de casos del Canadá, la Federación de Rusia, Filipinas, la India, el Líbano, Malasia, Noruega y Uganda.

afirmativa" reviste la forma de "movilización afirmativa" o "equidad afirmativa", tales medidas especiales no suscitan controversia a diferencia de las medidas que revisten la forma de "preferencia afirmativa".

A. Movilización afirmativa o equidad afirmativa

72. Las medidas especiales pueden denominarse medidas de "movilización afirmativa" cuando mediante la contratación afirmativa se anima y sensibiliza a determinados grupos para que soliciten un bien social como un empleo o una plaza en un centro de enseñanza⁵³. Una forma de conseguirlo son los anuncios u otras actividades de contratación en que se garantice que se llegue al grupo deseado. Un ejemplo sería el establecimiento de programas de formación profesional que permitan el adiestramiento de miembros de las minorías para que puedan competir por empleos y ascensos. El razonamiento es que de hecho no se conseguirá la igualdad si las consecuencias de la discriminación han privado a las personas de la posibilidad de adiestrarse para poder competir como es debido⁵⁴. Por tanto, la contratación afirmativa conseguirá que los desfavorecidos puedan competir gracias a actividades correctivas como la formación profesional, la divulgación y otros programas de formación o potenciación. Ese proceso también puede consistir en buscar miembros de grupos desfavorecidos que tal vez no sepan a qué prestaciones tienen derecho en la esfera de la vivienda u otros bienes de carácter social y en sensibilizarlos al respecto.

73. Las medidas especiales pueden denominarse medidas de "equidad afirmativa" cuando se hace un examen meticuloso para garantizar que los miembros de un determinado grupo han sido tratados de forma equitativa en la atribución de los bienes sociales, por ejemplo en la admisión a una institución docente, el acceso a un puesto o un ascenso. En otras palabras, se trata de determinar si han sido juzgados sobre la base de sus méritos o si el racismo o el sexismo ha sido un factor en el proceso de evaluación. Esto se puede determinar estableciendo procedimientos de queja o denuncia efectivos y creíbles para tramitar las alegaciones de discriminación, procedimientos de revisión para supervisar las medidas relacionadas con el personal y el examen de procedimientos con el fin de eliminar las prácticas discriminatorias no intencionadas. Todo ello tiene por objeto garantizar que se verifique la pertinencia de los criterios de contratación o ascenso para los puestos respectivos y que éstos no se utilizan para ocultar la discriminación racial o sexual. Ello significa que cuando se trata de contratar o ascender a las personas, el proceso de adopción de decisiones debe ser indiferente al color, y las personas deben ser tratadas

⁵³ Alison Sheridan ("Patterns in the policies: Affirmative action in Australia", Women in Management Review, 1998, págs. 243 a 252) ha elaborado un sistema de clasificación que ilustra la gran variedad de medidas de esta índole de "movilización afirmativa" en el contexto de la lucha contra la discriminación sexual y la situación de desventaja de la mujer en el empleo.

⁵⁴ El artículo 35 de la Ley de relaciones raciales del Reino Unido legitima "todo acto realizado para que un grupo racial particular tenga acceso a instalaciones o servicios para satisfacer sus necesidades especiales en materia de educación, formación o bienestar social o a prestaciones afines". El artículo 37 dice que se podrán adoptar medidas positivas para animar a miembros de un grupo racial o personas de un mismo sexo a solicitar puestos o formarse para desempeñar funciones en que no hayan estado suficientemente representados.

de acuerdo con sus méritos personales y no con su situación como miembros de un determinado grupo. En resumidas cuentas, se trata de contratar siempre a las personas "mejor calificadas".

74. Tanto la movilización afirmativa como la equidad afirmativa entrañan medidas destinadas a superar los problemas sociales de un determinado grupo, pero las medidas no suponen de por sí discriminación contra quienes no forman parte de ese grupo. Sí trasladan, en cambio, a toda la sociedad el costo de la acción afirmativa. De esta manera las medidas son indiferentes a las consideraciones raciales, pero cuando se trata de la motivación de las medidas o de su planificación estratégica o supervisión, el criterio decididamente tiene en cuenta la raza. Probablemente es ésta la razón, entre otras, de que la contratación afirmativa y la equidad afirmativa tengan buena acogida y aceptación.

B. Preferencia afirmativa

75. Preferencia afirmativa significa consideración del sexo o la raza de una persona en la concesión o denegación de un bien social. Las medidas de preferencia afirmativa pueden significar dos cosas.

76. En primer lugar, pueden consistir en que cuando dos personas igualmente calificadas solicitan un puesto, un ascenso, una beca, etc., se dé preferencia a la persona que pertenece a un determinado grupo que sea beneficiario de las medidas de acción afirmativa.

77. En segundo lugar, también pueden incluir otras medidas más radicales⁵⁵ como, por ejemplo, la prohibición de que miembros de otros grupos soliciten oportunidades. O bien se les puede permitir que compitan, pero aun en el caso de que estén mejor calificados se dará preferencia a determinados grupos. Pueden darse automáticamente a los miembros de determinados grupos puntos adicionales en los concursos, como forma de "equiparación" para competir. Se les pueden aplicar criterios menos exigentes al evaluar sus solicitudes de ingreso en la universidad o de empleo. Pueden fijarse porcentajes, directrices, objetivos, cupos

⁵⁵ Esto se refiere especialmente a los Estados Unidos, donde la aplicación del Decreto-ley N° 11246 se dejó en manos de la Oficina de Programas de Cumplimiento de Contratos Federales (OFCCP) y el Comité de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC). Estas entidades interpretaron la acción afirmativa como un conjunto de procedimientos concretos para obtener determinados resultados en que se utilizaban plazos y objetivos. En la época del Presidente Nixon, la acción afirmativa llegó a significar el establecimiento de requisitos estadísticos basados en la raza, el color y el origen nacional para los empleados y las instituciones docentes. Los diversos departamentos federales crearon los primeros planes importantes de "cupos". Estos planes de cupos son muy controvertidos y han sido objeto de abundante jurisprudencia. Aun así, la aceptación de los cupos y de las reservas dependerá de la situación concreta en que se apliquen. Por ejemplo, la mayoría de los estadounidenses parecen aceptar su utilización para corregir casos de discriminación histórica específica. Incluso los conservadores aceptan la idea de cupos impuestos por decisión judicial cuando se ha demostrado en un tribunal que en el pasado hubo discriminación.

o reservas oficiosos que establecen la proporción de los bienes sociales que han de recibir determinados grupos⁵⁶.

78. La preferencia afirmativa es la forma más controvertida de acción afirmativa. Sus detractores afirman que una consecuencia de este tipo de acción afirmativa es el descenso de la calidad ocupacional y profesional e incluso la estigmatización. Además, hace hincapié en los recursos del grupo como la mejor manera de mejorar la situación de un determinado grupo. Este planteamiento grupal despierta una gran resistencia. El derecho a recibir prestaciones solamente por pertenecer a un grupo pone de relieve una vez más el dilema que existe, especialmente en los Estados democráticos liberales, entre los derechos del individuo y los colectivos⁵⁷.

79. Muchos consideran que este tipo de acción afirmativa constituye una discriminación, ya que trata a las personas como miembros de grupos o categorías sin tener en cuenta los méritos individuales⁵⁸. Aunque las personas reúnan efectivamente los requisitos, se les negará lo que les correspondería en justicia. La discriminación se produce al racionarse los bienes sociales, lo cual significa que algunos miembros de otros grupos ya no serán considerados a la hora de la distribución de esos bienes sociales que ahora sólo existen en cantidades limitadas. Por ello determinadas personas tienen que pagar el costo de la acción afirmativa. En esencia, este tipo de acción afirmativa perjudica a miembros del grupo A para promover el bienestar de los miembros del grupo B. Esto plantea problemas desde el punto de vista de la normativa de los derechos humanos: a) porque esos perjuicios normalmente ocurren en ámbitos como la salud, la

⁵⁶ Los cupos son objetivos de representación del personal dentro de una empresa o institución que están cuantificados y que deben lograrse en un plazo definido con precisión. Estos cupos los impone el Estado o una orden judicial. Puede ocurrir que las empresas o instituciones reciban la orden de garantizar que en el plazo de cinco años el 10% de su personal sean mujeres. Otra posibilidad es que las empresas o instituciones deban lograr que por cada cuatro hombres empleados se contrate a una mujer. Los cupos tienen la intención discriminatoria de limitar la participación de un determinado grupo en una actividad. Los objetivos, por otra parte, son metas numéricas que una empresa o institución trata de lograr; dicho de otra manera, para lograrlos hace falta únicamente "un esfuerzo de buena fe".

El propósito no es discriminatorio sino afirmativo: contribuir a aumentar el número de miembros cualificados de un grupo desfavorecido en la empresa o institución. No obstante, con frecuencia en la práctica los objetivos funcionan como cupos, imponiendo al empleador la obligación de rebatir la presunción de discriminación. Véase N. Glazer, "The future of preferential affirmative action", en P. A. Katz y D. A. Taylor, Eliminating Racism, Profiles in Controversy, Nueva York, Plenum Press, 1988, págs. 329 a 339.

⁵⁷ Véase un análisis de esta cuestión en R. T. Bron Affirmative Action at Work. Law, Politics and Ethics, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, págs. 37 a 59; J. Edwards, "Collective rights en the liberal state", Netherlands Quarterly of Human Rights, 1999, págs. 259 a 275.

⁵⁸ Véase S. M. Lipset, "Equal chances versus equal results", The Annals, 1992, vol. 523, págs. 63 a 74. El dilema en los Estados Unidos sigue siendo cuál es la mejor manera de superar la contradicción entre el credo igualitario de los Estados Unidos y el legado de la esclavitud.

educación, el trabajo, la participación política, que están protegidos por artículos concretos de los tratados internacionales de derechos humanos, b) porque los criterios para causar el perjuicio (que son la base de clasificación de las personas como A o B) por lo general constituyen el motivo mismo de discriminación que está expresamente prohibido en las disposiciones al respecto. Por tanto, resultará muy difícil reconciliar las exigencias de las estrategias jurídicas que tienen en cuenta los problemas de determinados grupos con las exigencias aparentemente contradictorias de la justicia individual.

80. En el Informe sobre la situación social en el mundo, 1997, se sostuvo que los gobiernos imponen cupos y otras preferencias insoslayables sin que haya un consenso previo, con lo que contrarían a los ciudadanos que pierden el derecho de competir en condiciones de igualdad. Sin consenso, las cuotas dividen en extremo a la sociedad. En el informe se acusa a los gobiernos de ser partidarios de establecer preferencias porque así no tienen que aumentar los impuestos ni los gastos. Es mucho más fácil establecer cupos que combatir la desigualdad de hecho entre los grupos, como la discriminación, la pobreza, el bajo nivel de educación, la malnutrición y el aislamiento geográfico, mediante la redistribución de los ingresos⁵⁹.

V. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA NO DEBEN GENERAR DISCRIMINACIÓN

81. A la hora de evaluar 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 fundamentales, por no decir el más fundamental. 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.

82. 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 legítimamente perjudicar a un individuo de forma arbitraria⁶⁰. La prohibición de la discriminación se encuentra en todos los instrumentos internacionales.

⁵⁹ Naciones Unidas, Departamento de Información Económica y Social y de Análisis de Políticas, Informe sobre la situación social en el mundo, 1997 (E/1997/15), párrs. 105 y 106.

⁶⁰ Los principios de no discriminación e igualdad constituyen hoy en día pilares 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

83. La no discriminación y la 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 decisión de la sociedad, el objetivo de la acción afirmativa se cifra en garantizar una igualdad plena y sustantiva teniendo en cuenta esos mismos factores⁶¹. Sin embargo, la acción afirmativa, en su aspiración a 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.

84. Mientras se elaboraba 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 formal⁶².

85. La ambigüedad de la terminología utilizada en las disposiciones de no discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que han usado indistintamente los términos "distinción" y "discriminación" para referirse a un mismo concepto, ha dado lugar a una gran confusión⁶³. Por ejemplo, se advierte una incoherencia entre el artículo 2 de ambos Pactos

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.

⁶¹ 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 v. Bakke, 438 U.S. 265, 1978.

⁶² 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, et al. (eds.), The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, págs. 115 a 141.

⁶³ 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, Group rights and discrimination in international law, Dordrecht, Martinus Nijhoff

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".

86. 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".

87. En general se reconoce 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 textos excluyen claramente sólo la "discriminación" entendida como "distinción injusta" o "arbitraria".

88. La idea de que no todas las distinciones son ilegítimas fue decisiva durante la redacción del párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando una abrumadora mayoría apoyó una enmienda propuesta por la Argentina, Italia y México encaminada a sustituir la palabra "distinción" por la palabra "discriminación"⁶⁴. 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.

89. 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"⁶⁵.

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

Publishers, 1991, págs. 24 a 28; B. G. Ramcharan, "Equality and non-discrimination", en L. Henkin (ed.), The International Bill of Rights, Nueva York, Columbia University Press, 1981, págs. 258 y 259.

⁶⁴ Documento de las Naciones Unidas A/5365, pág. 22.

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18, No discriminación, párrs. 8 y 13, HIR/GEN/1/Rev.4 (2000).

"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")."⁶⁶

91. Algunos estudios llevados a cabo por relatores especiales de la Subcomisión han arrojado más luz sobre el concepto de no discriminación⁶⁷. 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 trato⁶⁸. La "distinción", por otra parte, es un término neutral, que se utiliza cuando aún no se ha determinado si un trato diferencial puede o no estar justificado. El término "diferenciación", por el contrario, apunta a una diferencia de trato que se considera legítima⁶⁹.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Véase una buena recapitulación en A. P. Vijapur, "The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept", India Quarterly, A Journal of International Affairs, 1993, págs. 73 y 74 y W. MacKean, Equality and Discrimination under International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983, 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.

⁶⁸ M. Bossuyt, op. cit., nota 32, pág. 27. W. MacKean, ibíd., págs. 8 a 11.

⁶⁹ Esto es consecuente 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".

- 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 tipo⁷⁰.

92. Tribunales internacionales y tratadistas se han dedicado a estudiar criterios que permitan determinar si una diferencia dada en el trato contraviene o no el principio de no discriminación.

93. 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 de conformidad con la justicia⁷¹.

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, 1958, 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...".

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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:

94. 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 considerada, teniendo presentes los principios que rigen normalmente en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho enunciado en la Convención no sólo debe perseguir 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."⁷²

95. Esos principios se han aplicado repetidas veces en un gran número de casos posteriores⁷³.

96. 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."⁷⁴

¿Cuándo puede decirse que las personas son iguales o diferentes y qué consideraciones pueden constituir justificaciones legítimas del trato diferencial?

⁷² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit., nota 66; 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.

⁷³ 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 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".

⁷⁴ Véase también, T. Opsahl, "Equality in Human Rights Law, with special reference to article 26 of the ICCPR", en M. Nowak (ed.), 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,

97. Varios autores han analizado los diferentes elementos constitutivos de la discriminación⁷⁵. 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 4 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.

98. Por consiguiente, una distinción basada en otro motivo puede ser arbitraria y ciertas distinciones basadas en varias de las causas enumeradas no son necesariamente ilegítimas. 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 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.

99. 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.

100. 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

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.

⁷⁵ M. Bossuyt, *op. cit.*, nota 32, 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, pág. 176.

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 "acción afirmativa".

VI. CONCLUSIONES

101. No hay duda de que una política persistente en el pasado de discriminación sistemática de determinados grupos de la población puede justificar -y en algunos casos incluso imponer- la adopción de medidas especiales con el fin de superar las secuelas de una condición de inferioridad que aún afecta a los miembros de tales grupos. "Acción afirmativa" o "acción positiva" es el término apropiado para tales medidas especiales.

102. Una amplia gama de medidas son catalogadas de "acción afirmativa". En efecto, las medidas que se presentan como tal pueden revestir formas muy diferentes. Esas medidas no suscitan controversia, mientras revistan la forma de "movilización afirmativa" cuando, por medio de un proceso de contratación afirmativa, se alienta activamente a determinados grupos a postular a un empleo o se les convence de la necesidad de solicitarlo, o de "justicia afirmativa", cuando se procede a un examen meticuloso para cerciorarse de que los miembros de un determinado grupo han sido tratados equitativamente en la asignación de un puesto. El asunto es más delicado cuando las medidas revisten la forma de "preferencia afirmativa". Pero incluso estas medidas no son cuestionables mientras se dé la preferencia a los miembros de un grupo determinado únicamente si están igualmente cualificados que otros que no pertenecen a ese grupo.

103. En los asuntos de derechos humanos, una preferencia sólo puede justificarse si se basa en un motivo que es pertinente al derecho en cuestión. Por ejemplo, en asuntos de empleo y educación el criterio principal es la competencia. Un ejemplo clásico es el de la contratación de un violinista para una orquesta. El criterio decisivo debe ser la competencia del candidato para tocar el violín. No tienen ninguna importancia el color, el sexo, la religión, el idioma o las ideas políticas del candidato. El factor determinante debe ser exclusivamente la habilidad del candidato para tocar el violín. Para evitar que los miembros del jurado se vean influidos por factores irrelevantes, incluso convendría que la prueba del violín se hiciera detrás de una cortina. Si alguien necesita cirugía de urgencia, todo lo que le interesará al paciente es que el cirujano sea capaz de realizar la operación y cualesquier otros factores tendrán a lo sumo una importancia periférica.

104. Sin embargo, para determinados asuntos, también pueden ser pertinentes y tener que considerarse otros criterios distintos de la competencia. Algunos criterios son pertinentes para ciertos asuntos y no para otros. Particularmente en el sector público pueden considerarse pertinentes otros criterios distintos de la competencia como, por ejemplo, la representación proporcional de los distintos grupos que componen una determinada sociedad. En el ámbito político, los miembros del gobierno son nombrados sobre la base de la confianza que han depositado en ellos los grupos políticos que constituyen la mayoría en el parlamento. El factor determinante es el de la "representatividad". En una sociedad heterogénea puede considerarse conveniente la representación proporcional de los distintos grupos. En algunos casos el electorado puede incluso ser dividido en función de criterios que se consideran particularmente importantes para el ejercicio del poder político. A veces dichos criterios pueden incluso

aplicarse en grandes sectores de la vida pública, por ejemplo la administración pública, las fuerzas armadas, la policía, el poder judicial.

105. No es posible hacer declaraciones generales tajantes sobre la medida en que pueden aplicarse tales criterios. Todo depende de las circunstancias específicas de la sociedad en que se adopten las medidas. Es preciso tomar en consideración diferentes elementos históricos, culturales, sociológicos, económicos y de otra índole que le sean propios a la sociedad en cuestión. Es función de los jueces -administrativos, judiciales o incluso constitucionales o internacionales- verificar en cada caso particular si la norma o su aplicación respeta la prohibición de la discriminación y el principio de la igualdad ante la ley a que todas personas tienen derecho.

106. En los casos de "preferencia afirmativa"⁷⁶, hay que prestar una atención especial al carácter "temporal" de las medidas adoptadas. Aunque en general se acepta este requisito, en su mayoría estas medidas son de duración "indefinida" o "indeterminada" y la ley no especifica ninguna fecha de cese. Es más, si se especifica una fecha de cese, puede suceder que la medida se prorrogue sin un examen previo del sistema de "preferencia afirmativa". A menudo se invoca la necesidad de las medidas sin que se pongan a prueba las formas menos controvertidas de la acción afirmativa (la "movilización afirmativa" o la "equidad afirmativa") y sin que se haya examinado la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Al calibrar la necesidad de las medidas adoptadas, es preciso verificar si hay suficiente equilibrio entre los beneficios que han de reportar las medidas y sus eventuales perjuicios, comprobando que las medidas en efecto logren los objetivos trazados, por una parte, y vigilando los perjuicios ocasionados a las personas afectadas por ella, por la otra. En la evaluación de las medidas deberían poder participar las personas afectadas directamente por ellas. La cuestión principal reside en determinar si los costos de promover un objetivo social pueden hacerse recaer en algunas personas en razón de una culpa heredada en vez de en la sociedad en su conjunto.

107. Es evidente que no es posible justificar ninguna medida a favor de miembros de grupos anteriormente en desventaja mencionando únicamente el propósito de la medida adoptada, por muy legítima que sea esa intención. Toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos y libertades fundamentales y nadie puede ser objeto de discriminación en el disfrute de esos derechos y libertades fundamentales, cualquiera que sea el objetivo que persiga la medida discriminatoria. El efecto discriminatorio depende de las características de una medida concreta utilizada para perseguir un objetivo determinado y no del objetivo en sí.

108. La prohibición de la discriminación sería un principio sin ningún valor normativo si pudiera justificarse cualquier distinción calificándola de medida de acción afirmativa. El principio de igualdad y no discriminación, que es el principio de derechos humanos más fundamental y que se aplica a todos los derechos, libertades y garantías, perdería todo sentido si pudieran justificarse como acción afirmativa unas medidas que privaran clara y patentemente a personas de cualquier derecho, libertad o garantía en virtud de un criterio que fuese irrelevante para el derecho o la libertad en cuestión. Una buena intención o un objetivo legítimo no basta para justificar ninguna distinción basada en motivo alguno. No basta que las personas favorecidas por la medida adoptada pertenezcan a un grupo cuyos miembros hayan sido víctimas

⁷⁶ Este párrafo se basa en notas entregadas al autor por Bruce Abramson.

de ese mismo tipo de medidas. Una injusticia no puede ser reparada por otra injusticia. No porque los descendientes de las víctimas del pasado sean sustituidos por los descendientes de los opresores del pasado una medida discriminatoria va a dejar de ser ilegal y se va a conformar a las exigencias de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

109. Una medida no se justifica tan sólo porque una autoridad nacional la considere parte de una política de acción afirmativa. La prohibición de la discriminación también se aplica a las medidas que las autoridades nacionales califican de acción afirmativa. A las autoridades nacionales les corresponde encontrar los medios y formas de adoptar modalidades de acción afirmativa que ayuden a los miembros de grupos anteriormente discriminados a superar las consecuencias persistentes de las políticas de discriminación del pasado. En general, las autoridades nacionales deberían adoptar medidas para ayudar a esas personas a obtener las mismas calificaciones que los miembros de los grupos anteriormente favorecidos. A través de la acción afirmativa es preciso ayudar a los primeros a obtener las calificaciones requeridas en lugar de rebajar el nivel de esas calificaciones. Hay que hacer esfuerzos para mejorar las calificaciones de los grupos destinatarios de las medidas en lugar de crear distintos niveles de exigencia sobre la base de criterios irrelevantes para el asunto en particular.

110. En una sociedad en que las personas de determinados grupos siguen padeciendo los efectos de las prácticas discriminatorias del pasado, los Estados deben perseguir una política de acción afirmativa. Sin embargo, ello no significa que toda medida que los Estados consideren acción afirmativa sea compatible con sus obligaciones en materia de derechos humanos. El Estado puede ayudar a las personas de esos grupos a superar esas desventajas, pero de un modo que no menoscabe los derechos y libertades fundamentales de las personas ajenas a dichos grupos.

111. 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 a un sector que antes estuvo en condiciones desfavorables y que se negara esas mismas prestaciones a personas que sí las necesitan, pero que pertenecen a un sector de la población que antes disfrutó de mejores condiciones en el seno de la sociedad.

112. La acción afirmativa debe centrarse en la adopción de disposiciones que previsiblemente atiendan las necesidades especiales del sector al que pretende favorecer, y no en restringir las prestaciones derivadas de esas medidas sobre la base del elemento que distingue a dicha categoría de otros miembros de la población, pero que es irrelevante para el derecho de que se trate. La política podrá beneficiar al sector al que va dirigida 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 dependiendo de las medidas que se seleccionen, del momento y del lugar de su aplicación. 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 previa⁷⁷.

113. Las políticas de acción afirmativa sólo son admisibles en la medida en que no contravienen el principio de no discriminación. Ello significa que si se hace una distinción es preciso prestar la debida atención al motivo en que se basa la distinción para determinar si esa distinción equivale o no a discriminación. Sin embargo, lo decisivo no es el motivo en sí mismo sino la conexión entre el motivo y el derecho con respecto al cual se practica la distinción. Tiene que haber suficiente conexión entre el derecho y el motivo. El motivo tiene que considerarse pertinente al derecho específico en que se basa la distinción. El propósito u objetivo que se persiga no es lo decisivo. La determinación judicial de la arbitrariedad o no de las distinciones va más allá de la evaluación que se realiza en el plano puramente político. Por lo tanto, no siempre es legítima la acción afirmativa para garantizar la plena igualdad. No debe considerarse que la acción afirmativa justifica cualquier distinción basada en cualquier motivo con respecto a cualquier derecho únicamente porque el objeto de la distinción es mejorar la situación de personas o grupos desfavorecidos. La acción afirmativa no es ninguna excepción al principio de no discriminación. Más bien el principio de no discriminación fija los límites de cada medida de acción afirmativa.

114. En el presente informe no se propone un instrumento fácil para evaluar las medidas de acción afirmativa. El principio de igualdad y no discriminación es por sí mismo y desde ya un concepto difícil que ha suscitado gran polémica. El concepto de acción afirmativa es aún más complejo y no se ha puesto en práctica aún lo suficiente como para tener una base común que permita comprender sus límites. La ambigüedad del concepto y en particular la gran variedad de medidas adoptadas por los gobiernos para perseguir una política de acción afirmativa explican la dificultad del tema. La única ambición del presente informe es crear conciencia de la complejidad de esta cuestión. Ya será considerado útil si da estímulo a un mayor estudio y reflexión sobre el tema que permita promover el disfrute de los derechos humanos y las libertades de todas las personas sin discriminación alguna.

⁷⁷ 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 digno 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 67, pág. 246.

Anexo

EXTRACTOS DE ALGUNAS DE LAS RESPUESTAS RECIBIDAS
POR EL RELATOR ESPECIAL

La respuesta del Gobierno de las **Islas Fiji** se refiere al párrafo 1 del artículo 3 de la Ley de aplicación de las disposiciones de justicia social (cap. 5) de la Constitución de Fiji mediante el establecimiento de programas de acción afirmativa y asuntos conexos (Ley de justicia social de 2001), que dispone que

"... por "acción afirmativa" se entiende las políticas del Estado destinadas a ayudar a grupos o categorías de personas que se hallan en situación de desventaja para permitirles lograr la igualdad de acceso con los grupos que no están desfavorecidos.

"... por "desfavorecidos", en lo que respecta a un grupo o categoría de personas, se entiende un grupo o categoría que no tiene igualdad de acceso debido a ciertas características personales verdaderas o supuestas de sus miembros, o a la ubicación o al nivel educacional de la categoría o del grupo."

La respuesta del Gobierno de **Grecia** se refiere al Consejo de Estado de Grecia, que en dictámenes de 1998 declaró lo siguiente:

"En caso de que quede establecido que contra una determinada categoría de personas se han cometido en la práctica actos de discriminación de tal modo que la aplicación irrestricta del principio de igualdad da lugar a una mera igualdad aparente a la vez que virtualmente consolida y perpetúa una situación de desigualdad, al legislador le corresponderá, en el espíritu del principio constitucional de la igualdad, adoptar las medidas afirmativas correspondientes, ordinarias o reguladoras, en favor de las personas de dicha categoría, cuando tales medidas resulten apropiadas y necesarias y durante un determinado período, a fin de reducir las desigualdades existentes y hasta que se establezca una auténtica igualdad."

En Grecia las medidas de acción afirmativa guardan relación principalmente con los programas de formación profesional, los criterios y requisitos de empleo en sectores profesionales en que la representación de un sexo es baja y la asistencia a las personas que tienen obligaciones familiares especiales. Tales medidas se han adoptado en favor de las mujeres, los inválidos de guerra, personas de la minoría musulmana de Tracia y personas con obligaciones familiares.

En **Hungría**, según la respuesta del Gobierno, "no se considerará constitucional la discriminación positiva si un objetivo social o un derecho constitucional sólo se puede asegurar concediendo "derechos adicionales" a un grupo social determinado. Según el párrafo 3 del artículo 70/A de la Constitución, la República de Hungría se empeñará en garantizar la igualdad de derechos a todas las personas mediante medidas que creen oportunidades iguales para todos".

El Gobierno de Hungría señala que "los límites de la discriminación positiva son la prohibición de la discriminación en relación con la igual dignidad de todas las personas y los derechos fundamentales enunciados en la Constitución". "La prohibición de la discriminación

perjudicial y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución" limitan la discriminación positiva. Según lo declarado por el Tribunal Constitucional de Hungría en su dictamen N° 28/2000, la discriminación positiva es legítima en el contexto de la igualdad de oportunidades "si su propósito es mitigar la situación de desventaja de una persona". En otros dictámenes el Tribunal Constitucional ha señalado que la discriminación positiva no puede ser arbitraria y debe fundarse en un motivo razonable.

Según el párrafo 6 del artículo 5 del Código de Trabajo de Hungría, una norma relativa a una relación de trabajo puede prever la obligación de dar preferencia a un grupo determinado de empleados en caso de igualdad de condiciones.

El artículo 49 de la Ley húngara N° LXIV/1990 sobre la elección de los representantes de las administraciones locales y los alcaldes garantiza la posibilidad de un "mandato electoral preferencial" para los candidatos de las minorías nacionales y étnicas en asentamientos de hasta 10.000 residentes. Un candidato minoritario obtendrá un mandato si recibe por lo menos la mitad de los votos del candidato que obtenga un mandato con el número menor de votos de conformidad con las normas generales, siempre que ningún otro candidato de la misma minoría haya recibido un mandato.

En su respuesta, el Gobierno de **Israel** reconoce que "resulta polémico el significado de la acción afirmativa" y señala que "se utilizan también otras denominaciones para el mismo concepto: "promoción preferencial", "adelanto selectivo", "discriminación positiva" y "discriminación en sentido inverso".

El Gobierno de Israel declara que según un juez del Tribunal Supremo israelí, la acción afirmativa es una "distinción equilibradora" que forma "parte integral del principio de igualdad" en lugar de ser una "excepción a él".

Según otro juez:

"Es probable que el ofrecimiento de iguales oportunidades dé lugar a la igualdad únicamente cuando el punto de partida de las partes concurrentes sea más o menos idéntico... La considerable disparidad en torno a la igualdad de oportunidades, ya se derive de leyes discriminatorias del pasado que ya no están en vigor o de prejuicios arraigados en la sociedad, aumenta las posibilidades de los grupos más poderosos a la vez que disminuye las de los grupos más débiles. La acción afirmativa tiene por objeto rectificar esta disparidad... Mediante la promoción de hecho, proyectada e intencional, del grupo desfavorecido a niveles que se le hayan negado en el pasado no sólo rectificamos las desviaciones de la desigualdad sino que también creamos una nueva realidad que eliminará en última instancia las raíces ocultas de la discriminación y sus consecuencias. De esta manera, el paso de la acción afirmativa, concebido esencialmente como medio para rectificar una desigualdad específica, contribuye a la realización del principio general de la igualdad."

La enmienda de la Ley israelí de igualdad de derechos de la mujer (marzo de 2000) dispone lo siguiente en su sección "Distinciones admisibles y acción afirmativa":

"Lo siguiente no se considerará vulneración de la igualdad o discriminación prohibida: 1) las distinciones entre un hombre y una mujer en la medida en que las impongan las diferencias esenciales entre ellos o la naturaleza o esencia del asunto; 2) una disposición o acto destinado a rectificar una discriminación previa o existente contra las mujeres o una disposición o acto destinado a promover su igualdad..."

En Israel se adoptan medidas de acción afirmativa para garantizar la representación apropiada de hombres y mujeres en las instituciones públicas, para promover el sistema de educación árabe y druso y para favorecer a las personas con discapacidades.

Según la respuesta del Gobierno del **Pakistán**, la acción afirmativa en ese país consiste en programas y procedimientos que asignan una representación específica a los habitantes de las provincias más pequeñas, a los no musulmanes, a las mujeres, a los veteranos y a los discapacitados en la contratación y la admisión a instituciones de educación superior de conformidad con un sistema prescrito de cupos. La acción afirmativa de mayor envergadura a nivel nacional es el sistema de cupos, destinado a garantizar una representación adecuada a diversas provincias según la proporción de su población. Aunque el Punjab tiene más del 55% de la población del Pakistán, ha aceptado mantener una representación del 50% para permitir que residentes de provincias más pequeñas integren los servicios federales del Pakistán.

La acción afirmativa beneficia a las siguientes categorías: los habitantes de zonas económicamente atrasadas, las mujeres, las minorías religiosas, los discapacitados, los veteranos y sus hijos. Los programas de acción afirmativa se aplican en los siguientes sectores: el empleo en la administración pública, las instituciones docentes y las elecciones (los no musulmanes tienen electorados separados y eligen a sus propios candidatos a las legislaturas).

En una decisión de 1992 la Corte Federal Shariat, el más alto tribunal del Pakistán que determina si una ley es compatible o no con el islam, rechazó el sistema de cupos. Sin embargo, el dictamen no se llevó a la práctica en "aras del interés nacional". El 30 de junio de 1998 la Asamblea Nacional resolvió prorrogar por otros 20 años el sistema de cupos sobre una base justa y equitativa a fin de proteger los derechos de las zonas subdesarrolladas y de las minorías. En un dictamen que sentó precedente el 6 de julio de 1998 se señalaba que "las disposiciones de la Constitución se han de interpretar de tal modo que queden salvaguardados los derechos e intereses legítimos de las unidades federales en yuxtaposición con la Federación en la medida de lo posible... Las reservas, después de todo, procuran mitigar los efectos de las desventajas sociales y no eliminar sus causas". El Tribunal Supremo refrendó el dictamen. La Constitución promulgada en 1973 preveía que durante 20 años "podrán reservarse puestos a las personas pertenecientes a cualquier clase de zona para asegurar su adecuada representación en el servicio del Pakistán". En 1999 se enmendó la Constitución y el sistema de cupos fue prorrogado por otros 20 años hasta el año 2013.

Según la respuesta del Gobierno de **Tanzanía**, éste ha puesto en marcha diversos planes de acción afirmativa para promover a la mujer. Éstos ayudan a luchar contra la discriminación de la mujer y determinadas minorías en sectores como el empleo, la educación, la sucesión matrimonial, etc.

En su respuesta el Gobierno de **Tailandia** se remite al párrafo 4 de la sección 30 de la Constitución de Tailandia (1997) que dice así:

"No se considerarán discriminación injusta las medidas determinadas por el Estado para eliminar los obstáculos o promover la capacidad de las personas para ejercer sus derechos y libertades al igual que las demás personas."

En Tailandia la acción afirmativa podría aplicarse en los sectores de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte y la enseñanza superior.

Según la respuesta de la Comisión Europea, en nombre de la **Comunidad Europea**, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo el principio de igualdad es un principio general del derecho comunitario que exige que situaciones semejantes no sean tratadas de modo diferente a menos que se justifique objetivamente la diferenciación.

El Tratado de Amsterdam introdujo un nuevo artículo 13 en el Tratado sobre la Comunidad Europea dotando a la Comunidad de facultades concretas para tomar medidas contra la discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Sin embargo, el artículo 13 no surte ningún efecto directo ni crea ningún derecho individual al no ser objeto de discriminación. Su competencia es meramente legislativa; de ningún modo entran los individuos directamente dentro de su ámbito.

El nuevo artículo 141 (4) del Tratado de Amsterdam dice así:

"Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales."

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la Cumbre de Niza en diciembre de 2000, contiene un artículo sobre la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23):

"La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado."

Según la respuesta de la **Unión Postal Universal**, se exhorta a las administraciones postales a alentar a las mujeres a solicitar empleo.
