

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE
ACCIONES AFIRMATIVAS**

**CLAUDIA MARCELA PÁEZ BRAVO
LILY ANDREA RUEDA GUZMÁN**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2006

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE
ACCIONES AFIRMATIVAS**

CLAUDIA MARCELA PÁEZ BRAVO

LILY ANDREA RUEDA GUZMÁN

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado.

**Director: ORLANDO PARDO MARTINEZ
Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España.**

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

BUCARAMANGA

2006

"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".
(Lyndon B. Johnson)

CONTENIDO

	Pág.
Introducción	12
1. Obligaciones y Responsabilidad Internacional del Estado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	14
1.1 El <i>Jus Cogens</i> como fuente de obligaciones internacionales para los Estados	14
1.2 Las Obligaciones Internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos	21
1.2.1. El deber de respeto de los derechos	23
1.2.2. El deber de garantía de los derechos	24
1.3. La Responsabilidad Internacional del Estado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	28
1.4. La Protección Internacional de los Derechos Humanos	32
2. Consideraciones Fundamentales acerca de la Igualdad	37
2.1. Evolución histórica del concepto de Igualdad	38
2.2. Conceptualización de la Igualdad a través de su estructura triádica	40
2.3. La Igualdad como Derecho	41
2.3.1. Diversas nociones del Derecho a la Igualdad	41
2.3.2. Consagración del Derecho a la Igualdad en la normativa internacional .	43
2.3.3. La Igualdad en la Carta Política Colombiana	45
2.3.4. El Derecho a la Igualdad y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	46
2.3.5. Exigibilidad del Derecho a la Igualdad en el Derecho interno	50
2.3.6. La acción del Estado como garante del Derecho a la Igualdad	51
2.3.7. Fundamento filosófico del Derecho a la Igualdad y de la acción del Estado frente a este derecho	51
2.4. Consideraciones generales en torno a la discriminación	56
2.5. El principio de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	58
2.5.1. Normatividad básica	58
2.5.2. Estándares establecidos por los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación al principio de igualdad y no discriminación	59
2.5.3. Obligaciones y Responsabilidad Internacional de los Estados en relación al principio de Igualdad y No Discriminación en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	66

3.	Proceso de formación y consolidación de las medidas de acción afirmativa en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	69
3.1.	Concepto de Acción Afirmativa	69
3.2.	Clasificación de las Acciones Afirmativas	70
3.2.1	Movilización Afirmativa	71
3.2.2	Equidad Afirmativa	71
3.2.3	Preferencia Afirmativa	72
3.3.	Justificación frente a la implementación de las acciones afirmativas	72
3.3.1.	Enderezar o reparar injusticias históricas	73
3.3.2.	Reparar la discriminación social – estructural	73
3.3.3.	Crear diversidad o una representación proporcional de los grupos	73
3.3.4.	Obtener una utilidad social	74
3.3.5.	Evitar la agitación social	75
3.3.6.	Mayor eficiencia del sistema socioeconómico	75
3.3.7.	Un medio para construir Nación	75
3.3.8.	Dilucidar el fin deseado, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados	76
3.4.	Principales problemas de aplicación de las medidas de acción afirmativa..	76
3.4.1.	¿Las Medidas de Acción Afirmativa generan discriminación?	77
3.4.2.	¿Cuál es la manera de determinar qué grupos están lo suficientemente desfavorecidos para merecer un trato especial?	78
3.4.3.	¿Quien se beneficia o desfavorece realmente por las políticas afirmativas?	78
3.4.4	¿Cómo se determina quien forma parte de un grupo beneficiario?	79
3.5	Desarrollo de las acciones afirmativas en el Derecho Norteamericano. Normativa y Jurisprudencia	79
3.6	Desarrollo de las acciones afirmativas en el Derecho Europeo. Normativa y Jurisprudencia	86
3.6.1	Principal Normativa Comunitaria	86
3.6.2	Principales Directivas del Consejo de Europa	88
3.6.3	Principal Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	90
3.7.	La obligatoriedad de la Acción Afirmativa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	94
3.7.1	La Acción Afirmativa en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos	94
3.7.2	La Acción Afirmativa en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos	102
3.7.3	La Acción Afirmativa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	103
3.8.	Desarrollo de la Acción Afirmativa en el Derecho Colombiano. Normativa y Jurisprudencia	105

3.8.1. La indeterminación de la Igualdad en la Carta Política y la intervención de la Corte Constitucional	106
3.8.2. El Juicio de Igualdad en la Corte Constitucional	106
3.8.3. La Acción Afirmativa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana	110
Conclusiones. La necesidad de entender la adopción de acciones afirmativas como una obligación de <i>jus cogens</i>	114
Bibliografía	124

TÍTULO*: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE ACCIONES AFIRMATIVAS.

AUTORES:** RUEDA GUZMÁN, Lily Andrea y PÁEZ BRAVO, Claudia Marcela.

PALABRAS CLAVES: Sistemas de Protección de los Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional, Igualdad, Discriminación, Acciones Afirmativas, Jus cogens. **DESCRIPCIÓN:** Exigibilidad de las Acciones Afirmativas en los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos. La Acción Afirmativa es una institución que otorga un tratamiento jurídico diferenciador a situaciones de desigualdad de hecho, a favor de grupos en estado de vulnerabilidad y discriminación con el fin de contrarrestar la evidente desigualdad que llevan en sí los componentes del desarrollo humano. En el marco del Estado como garante de los derechos humanos se tiene como objetivo principal determinar la obligatoriedad de realizar dichas acciones ante situaciones de desigualdad manifiesta, realizando un análisis metodológico frente a la principal jurisprudencia y pronunciamientos de los órganos internacionales en la materia, tomando los hechos relevantes, las consideraciones y las resoluciones de los mismos, extrayendo conclusiones al realizar un análisis comparativo. Se analiza la principal jurisprudencia de Estados Unidos, Europa y Colombia frente a la institución bajo estudio y se extraen sus principales características, que limitan el concepto y marcan la pauta entre acciones diferenciadoras y discriminatorias. De los pronunciamientos de los órganos de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos, se extrae una interesante polémica frente al papel del Estado en la materia: De una parte los órganos jurisdiccionales, han manifestado que los Estados no se encuentran obligados a adoptar tales medidas, de otra, los órganos consultivos y de apoyo, coinciden en afirmar que sí existe tal obligación. Esta investigación pretende llenar este vacío, aclarando las contradicciones y sistematizando una interpretación garantista del derecho a la igualdad, de donde se ha concluido que el principio *pro homine* y el entendimiento integral del *jus cogens* internacional guían la hermenéutica acertada que debe orientar a los estados a asumir la obligación internacional de adoptar acciones afirmativas ya que esta obligación es una realidad y no una mera permisión.

*Trabajo de Grado.

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Dr. Orlando Pardo Martínez.

TITLE*: THE INTERNACIONAL RESPONSIBILITY OF THE STATE IN MATTERS OF AFFIRMATIVE ACTION

AUTHOR:** RUEDA GUZMÁN, Lily Andrea y PÁEZ BRAVO, Claudia Marcela.

KEYWORDS: Systems of Human Rights Protection, International Responsibility, Equality, Discrimination, Affirmative Action, *Jus cogens*. **DESCRIPTION:** The need of the affirmative actions in the international systems of human rights protection. Affirmative action is an institution that gives a different legal treatment to different factual situations; favouring groups with more vulnerabilities and victims of discrimination with the objective to counterbalance the evident inequality noted in the components of human development. In the context of the State and its obligation of human rights guarantees, this investigation seeks to determine if there is an obligatory nature for states to confront situations of evident inequality. Making a methodical analysis of the principal jurisprudence from the international organs in such matters, given the relevant facts and considerations, many important insights were taken from the comparative analysis of the human rights tribunals from United States, Europe and Colombia. One main point in this comparative analysis was to draw a line between action of differentiation and that of discrimination. From the organs of international human rights protection, a controversy arose over the role of the state; in one way the jurisdictional organs find that it's not an obligation to enforce affirmative action, in another way, the organs of support must first consult to simply agree that an urgent need exists for levelling inequality. The hopes were that this investigation would clarify contradictions and standardize the interpretation of the state as the guarantor of the right to equality through a universal understanding of *jus cogens* and the *pro homine* interpretation, making clear that the obligation of the state really exists.

* Graduation Project.

** Degree of Social Sciences, School of Law and Political Science. Director, Orlando Pardo Martínez

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la inequidad se manifiesta en componentes del desarrollo humanos tales como la educación, la salud, la justicia, el empleo, la política o la cultura, que llevando en sí mismos altos grados de desigualdad desembocan necesariamente en graves conflictos sociales que impiden el desarrollo integral de las comunidades. Esta problemática toca directamente con el respeto de los derechos humanos y teniendo entendido que el Estado es el garante de los mismos surge un serio cuestionamiento ¿cuál debe ser la acción del Estado para contrarrestar esta situación de desigualdad?

Iniciando la investigación con este cuestionamiento se encuentra una institución jurídica de relativo reciente nacimiento cual es la Acción Afirmativa, entendida como un tratamiento jurídico diferencial y preferencial hacia sectores e individuos de la sociedad menos favorecidos, y especialmente tradicionalmente discriminados. Es evidente entonces que las políticas del Estado deben tender hacia un cambio de valores y prácticas tanto en las instituciones como en la comunidad para lograr la igualdad en los derechos y la equidad en las oportunidades.

Si bien lo anterior es claro y se toma como primer supuesto la favorabilidad y necesidad de las acciones afirmativas, situándonos en el campo de la protección internacional de los derechos humanos surge un nuevo interrogante, más jurídico que social: ¿Son exigibles y justiciables las acciones afirmativas frente a un Estado omisivo ante situaciones de desigualdad manifiesta? ¿Sería procedente la declaratoria de responsabilidad internacional por violación del derecho a la igualdad frente a esta clase de situaciones?

La respuesta a estos interrogantes se caracteriza por vacíos y contradicciones, tanto de la doctrina como de la principal jurisprudencia de los tribunales y órganos internacionales. Esta investigación pretende sistematizar los pronunciamientos al respecto y más allá de sistematizar someter a consideración de los lectores una posible respuesta a la inquietud, desde el punto de vista más garantista posible y aplicando los principales lineamientos de interpretación de normativa internacional, como el principio *pro homine* y la conceptualización del *jus cogens*.

La estructura de esta investigación se fundamenta en tres ejes principales: la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos, la igualdad y las acciones afirmativas, a cada uno de los cuales se dedicará un capítulo específico.

En el primer capítulo se estudian algunos aspectos fundamentales de Derecho Internacional, como las obligaciones internacionales y la Responsabilidad

Internacional del Estado en materia de Derechos Humanos y se realiza una especial referencia al *jus cogens* como fuente de obligaciones internacionales para los Estados.

El segundo capítulo es una visión general acerca del principio de igualdad, del cual constituyen un desarrollo las Acciones Afirmativas, que comprende una reseña histórica del concepto, así como una exposición de la estructura triádica de la igualdad: el valor, el principio y el derecho. En relación a este último, se estudian aspectos fundamentales como las diversas nociones del derecho a la igualdad y su consagración normativa en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y la Carta Política colombiana. Este capítulo incluye también y de manera especial, una referencia a la acción que deben emprender los Estados para materializar este derecho y un somero estudio acerca del fundamento filosófico de la igualdad y de la acción del Estado frente a ella, en el que haremos una breve referencia a la “teoría de los estados y los derechos públicos subjetivos” de Jellinek retomada en la “teoría del *iusfundamentalismo* de los principios” de Robert Alexy. De igual manera, se estudian en este capítulo, los estándares mínimos que ha sentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la igualdad, así como algunas consideraciones generales en torno a la discriminación, a partir del Derecho Internacional.

En el tercer capítulo se estudiarán algunos aspectos básicos de las Acciones Afirmativas, como su definición conceptual, su clasificación, su justificación y los problemas que genera su aplicación. De igual manera, se analizará el génesis de las Acciones Afirmativas a la luz del Derecho Norteamericano y Europeo, y su actual desarrollo en los Sistemas Universal, Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, así como en el derecho interno colombiano.

Finalmente, se dedicará un capítulo en el que, a partir de la comprensión de la igualdad en sus diversas dimensiones, la definición y fundamentos de las acciones afirmativas y el estudio de la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos, temas a los que se refieren los capítulos precedentes, se mostrarán las principales conclusiones del trabajo, intentando responder a la pregunta de la cual partimos: ¿Puede generarse responsabilidad internacional de un Estado al no adoptar acciones afirmativas?, a partir de la cual se sugerirán dos posibles soluciones, una restrictiva que permite más no exige la aplicación de estas medidas, y una garantista que vincula y obliga a los Estados a actuar afirmativamente, comulgando nosotras con esta última por las razones que en adelante se expondrán.

1. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 EL *JUS COGENS* COMO FUENTE DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES PARA LOS ESTADOS

A fin de aproximarnos al tema de la responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos, es necesario partir de algunas consideraciones básicas acerca de la visión universalista que fundamentó el Derecho Internacional en sus orígenes, su posterior sustitución por el paradigma positivista, y el re-direccionamiento que se gestó a partir de la emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hasta arribar a la *terra nova del jus cogens internacional*.¹

Francisco de Vitoria sostuvo que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual². Bajo su concepción, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad³ y a él corresponde aplicar los principios de justicia tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman⁴.

¹ Antônio Augusto Cançado Trindade, desde su ejercicio de la judicatura en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho una especial aproximación al tema del Derecho Internacional de los derechos humanos en toda su profundidad, partiendo de la visión universalista de los fundadores del *derecho de gentes*, y bajo la tesis de que sólo a través de ella es posible acercarnos a la plenitud de la protección de los derechos inherentes a la persona humana. Estas nociones son ampliamente desarrolladas en su voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No 18.

² Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101. Citado por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit.*, párr. 4.

³ Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior (1538-1539)*, en: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675. Citado por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit.*, párr. 4.

⁴ A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 y 172. Citados por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra n. 1*, párr. 4.

Desde la concepción de Francisco Suárez, el derecho de gentes regula al género humano en su unidad y universalidad, así como a las naciones y los pueblos como miembros de la sociedad universal⁵. De esta manera, tanto Suárez como Vitoria formularon las bases de los deberes internacionales de los Estados *vis-à-vis* a la luz de la universalidad del género humano.

El nuevo *jus gentium* así concebido, abrió camino para la concepción de un Derecho Internacional universal⁶, liberándose del carácter de derecho privado que tuvo en sus orígenes romanos, para aplicarse universalmente a todos los seres humanos.

Estos postulados fueron desarrollados por otros tratadistas cuyas obras se sitúan en los orígenes del Derecho Internacional. Christian Wolff (*Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749) vislumbró los Estados-nación como miembros de una *civitas máxima gentium*. En este mismo sentido, Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598) afirmó que el derecho de gentes es el derecho que regula la convivencia entre los miembros de la *societas gentium* universal. Por su parte, Samuel Pufendorf (*Jure Naturae et Gentium*, 1672) propugnó por el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón⁷, coincidiendo con la concepción de Hugo Grocio (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625), de acuerdo con la cual el Estado es un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, buscando perfeccionar la sociedad común que abarca toda la humanidad, en la que el ser humano y su bienestar ocupan un lugar fundamental.

Para Grocio, el derecho natural como “dictado de la recta razón” constituye el límite de la conducta irrestricta de los gobernantes; en este sentido, el Derecho Internacional tiene un fundamento objetivo que supera la voluntad de los Estados: la razón humana de la que emerge el derecho natural. Según la concepción Grociana, los dictados de la justicia aplican *vis-à-vis* tanto a los Estados como a los individuos⁸. De esta manera, el más importante legado de la tradición grociana del Derecho Internacional lo constituye el postulado de que las relaciones internacionales están sujetas a las normas jurídicas y no a la voluntad individual de cada Estado, la cual es incompatible con la propia existencia de la comunidad internacional.

⁵ Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 5-6, 11-12, 40-46 y 169-170. Citado por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 5.

⁶J. Moreau-Reibel, "Le droit de société interhumaine et le *jus gentium* - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius", 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 506-510. Citado por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 11.

⁷ A ellos se refiere Antônio A. Cançado Trindade en la obra citada *supra* n. 1, párr. 8.

⁸ Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 y 21-31 y "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53). E. Jiménez de Aréchaga, "El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 608 y 612-613. Citados por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 7 y 8.

Posteriormente, estos postulados universalistas que fundamentaron el Derecho Internacional en sus inicios, sucumbieron ante la emergencia del positivismo jurídico y fueron sustituidos por preceptos que conferían al voluntarismo estatal un protagonismo absoluto. De acuerdo con el juez A.A. Cançado Trindade:

*“Las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del Derecho Internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la "voluntad" de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el Derecho Internacional, negando jus standi a los individuos, a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos”.*⁹

Sin embargo, los postulados del positivismo voluntarista se fueron desmitificando como efecto de los abusos y atrocidades de que fueron víctimas millones de seres humanos en las últimas décadas, convalidados por la ley positiva, y del consecuente despertar de la *conciencia jurídica universal*, fuente material por excelencia del derecho de gentes.¹⁰

De esta manera, en un contexto dominado por el voluntarismo estatal, comenzaron a gestarse las bases de una nueva y prodigiosa etapa en el Derecho Internacional: la emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹¹ y la consecuente reivindicación de la necesidad de humanización del Derecho Internacional contemporáneo¹². En opinión del juez Cançado Trindade:

*“El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido el rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional”*¹³.

⁹ Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra n. 1*, párr. 9.

¹⁰ Corte I.D.H. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000. Serie C No 70. Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 16 y 28.

¹¹ A partir de la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre (1948).

¹² Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra n. 1*, párr. 25 y CortelDH, Opinión Consultiva OC-16/99 de 01 de octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del Debido Proceso Legal. Serie A No 16. Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 3, 4, 12 y 14.

¹³ Antônio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497.

“A partir de ahí, urge buscar la reconstrucción del derecho de gentes, en este inicio del siglo XXI, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central”¹⁴.

Uno de los avances fundamentales que generó el nacimiento del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos en el campo del Derecho Internacional fue el reconocimiento del carácter especial que poseen los sectores del ordenamiento normativo que regulan materias relacionadas con los derechos esenciales del ser humano¹⁵, y específicamente, los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos¹⁶, como parte de un “orden objetivo valorativo”¹⁷, dado su peculiar objeto y fin, que no es otro que la salvaguarda de los derechos fundamentales de los seres humanos¹⁸.

Dado este carácter especial, la normativa de protección de Derechos Humanos actúa al mismo tiempo como *derecho subjetivo* y como *principio axiológico* que irradia todo el orden jurídico internacional.

De otra parte, el carácter particular de la normativa en Derechos Humanos tiene especiales incidencias frente a la naturaleza de las obligaciones internacionales que de ella derivan para los Estados, pues su objeto no es regular meras relaciones inter-estatales sino generar un régimen de derechos de los cuales son

¹⁴ Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 26.

¹⁵ En este punto, es necesario realizar una aproximación al tema de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, materia en la cual es fundamental el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como un punto de referencia no taxativo, de acuerdo con el cual:

1. *La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
 - a) *las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
 - b) *la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
 - c) *los principios generales del derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas;*
 - d) *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.*
2. *La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.*

¹⁶ En materia de Derechos Humanos, existen dos tipos de instrumentos internacionales: las *declaraciones*, entendidas éstas como resoluciones de organismos internacionales principales en la materia, que en principio, tienen el carácter de norma no vinculante, pero juegan un papel relevante en la consolidación de la opinión internacional y sirven como criterio de interpretación de la normatividad vinculante; y los *tratados internacionales*, que, en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional que poseen carácter vinculante.

¹⁷ Tribunal Constitucional Federal Alemán. Fallo Lüth, del 15 de enero de 1958.

¹⁸ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Los Efectos de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74, 75), Serie A No 2, párr. 29.

titulares los individuos de las Naciones signatarias y no las Naciones mismas. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

“(...) los tratados modernos sobre derechos humanos (...) no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. (...) Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”¹⁹

Sin embargo, el surgimiento y consagración del *jus cogens*²⁰ en el Derecho Internacional contemporáneo constituye la más clara manifestación del despertar de la conciencia jurídica universal.

Para adentrarnos en el dominio del *jus cogens*, en tanto derecho imperativo, es necesario reconocer la existencia de principios fundamentales que integran el *substratum* de todo ordenamiento jurídico y que constituyen su dimensión axiológica, en tanto reflejan los valores que lo inspiran. Ellos nos muestran los fines legítimos que orientan todo sistema de normas; entre ellos, el bien común de todos los seres humanos, la realización de la justicia, el primado del derecho sobre la fuerza y la preservación de la paz. Dichos principios poseen un alcance universal; no emanan de la voluntad de los Estados, pero están dotados de un carácter objetivo que los imponen a la observancia de todos los Estados en tanto expresión suprema de la voluntad de la comunidad internacional. De esta manera, ellos garantizan la unidad del Derecho a partir de la idea de justicia, en beneficio de toda la humanidad²¹.

¹⁹ *Ibíd.* En esta opinión consultiva, la Corte cita además a la Comisión Europea de Derechos Humanos: “(...) el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa (...) y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.” (“Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 138). De manera que “las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes.” (*Ibíd.*, pág. 140). La Corte Interamericana cita también a la Corte Internacional de Justicia en su *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951 I.C.J. 15).

²⁰ Entendido éste, en su acepción más general, como un orden superior de normas legales, de carácter imperativo e inderogable, que tiene como fin la salvaguarda del orden público internacional, cuya vigencia y aplicación es independiente de la soberanía de los Estados, constituyéndose, de esta manera, en un límite de la soberanía estatal.

²¹ A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens”, in *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 374-379. Citado por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 53.

Tal como lo expuso el juez Cançado Trindade, siguiendo a R. Kolb, autor de *Théorie du jus cogens international*²²:

*“En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el jus cogens) como identificado con los principios generales del derecho de orden material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión. Tales principios son indispensables (el jus necessarium), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una "idea de justicia objetiva" (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional”.*²³

El *ius cogens* se incorporó al derecho internacional contemporáneo a partir de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que consagran la existencia de normas imperativas del Derecho Internacional general²⁴. Sin embargo, el dominio del *ius cogens* va más allá del derecho de los tratados. En entender del juez Cançado Trindade, él constituye una categoría abierta que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal ante la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano²⁵. De esta manera, algunos avances fundamentales en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de la desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias extra-legales, condenadas por la conciencia jurídica universal²⁶, nos hacen ingresar indudablemente en la *terra nova del jus cogens internacional*²⁷.

El concepto de *ius cogens* también ha penetrado los dominios del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. De ello dan cuenta los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho

²² R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 98, 104-105 y 110-112

²³ Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 58.

²⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 53: “*Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo alcance*”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 64: “*Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”. En idéntico sentido, artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

²⁵ Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 68.

²⁶ CortelIDH, Caso Blake versus Guatemala. Sentencia de fondo del 24 de enero de 1998. Serie C No 36 Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 23-25.

²⁷ Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 13, tomo II, p. 415.

Internacional de Naciones Unidas en el 2001, en los que se hace referencia a “normas perentorias en contextos no limitados a la validez de los tratados”²⁸. De acuerdo con Cançado Trindade:

*“(...) es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el jus cogens revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal”.*²⁹ (...)

*(...)“Toda esta evolución doctrinal apunta en la dirección de la consagración de las obligaciones erga omnes de protección. Sin la consolidación de dichas obligaciones poco se avanzará en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos”.*³⁰

Los derechos humanos no son negociables, en tanto no pertenecen al dominio del *jus dispositivum*. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el *jus cogens* nos conduce a la noción de “orden público internacional” y a la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*, es decir, a la existencia de obligaciones internacionales *erga omnes*, obligaciones de un Estado *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo, que son del interés de todos los Estados y que se identifican, en este campo, con la responsabilidad objetiva³¹.

De acuerdo con el juez Cançado Trindade, dichas obligaciones pueden ser consideradas desde una dimensión horizontal como obligaciones que competen a la comunidad internacional como un todo, es decir, como vinculantes de todos los Estados partes en un tratado (obligaciones *erga omnes partes*, en el Derecho internacional convencional) o de todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato censu*, en el Derecho internacional general). De otra parte, las obligaciones derivadas de normas de *jus cogens* pueden considerarse desde una dimensión vertical, de acuerdo con la cual las obligaciones *erga omnes* vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público estatal como a los particulares en sus relaciones inter-individuales.

²⁸ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 188, y cf. pp. 246 y 127-128. Citado por Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 70.

²⁹ Antônio A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. 1, párr. 70.

³⁰ *Ibid.*, párr. 72.

³¹ Corte Internacional de Justicia. Caso de la Barcelona Traction . Sentencia del 05 de febrero de 1970, párr. 33-34.

Al consagrar normas de *jus cogens* y consecuentemente, obligaciones *erga omnes* para la comunidad internacional como un todo, el Derecho Internacional superó en gran parte el obstáculo que representaba el paradigma de la autonomía de la voluntad estatal en la protección de los derechos de la persona humana³² y avanzó en la creación de un verdadero orden público internacional basado en el respeto de la dignidad del género humano y de sus derechos esenciales.

La pretensión irreductible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue, es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *jus cogens* y deberes *erga omnes*.

1.3 LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El *corpus juris* internacional sobre Derechos Humanos consagra, en principio, dos grandes géneros de obligaciones de las cuales son destinatarios los Estados: de una parte, el deber de respetar los derechos humanos, y de otra, el deber de garantizarlos³³.

Estas obligaciones tienen un carácter *erga omnes*, es decir, se imponen a los Estados en beneficio de todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente de su estatus.

Como todos los deberes de orden internacional para los Estados, estas obligaciones deben ser cumplidas de buena fe, atendiendo al principio de *pacta sunt servanda*. Ellas deben respetarse aún por encima del mandato de normas de derecho interno, en virtud del principio de la *supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno*, e incluso por encima de otro tipo de obligaciones internacionales vigentes, y no están sujetas a condición de reciprocidad en tanto el incumplimiento de un Estado no faculta la violación de estas obligaciones por parte de otros Estados.

³²A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 207-215.

³³ La Corte Interamericana ha recalcado a través de su jurisprudencia que las obligaciones estatales frente a los derechos consagrados en la Convención Americana implican no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). Corte I.D.H. Caso de las Niñas Yean y Bosico, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No.130, párr. 137; Caso Instituto de Reeducción del Menor, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 158; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C No 110, párr. 129.

Sin embargo, su característica más importante radica en que deben ser interpretadas y aplicadas a través del principio *pro-homine*, es decir, en el sentido más favorable al género humano.³⁴

Las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos están consignadas en diversos instrumentos internacionales.

En el marco de Naciones Unidas, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵ consagra el compromiso de los Estados Miembros de *asegurar el respeto* universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre. De igual manera, el artículo 55 literal c) de la Carta de Naciones Unidas³⁶ estipula que la Organización de Naciones Unidas *promoverá el respeto* universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales *y la efectividad* de tales derechos y libertades, con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para garantizar las relaciones pacíficas entre las naciones.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷ consagra en el artículo 2.1, el compromiso de los Estados Partes a *respetar y garantizar* a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en él; compromiso que es reiterado en el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸. De igual manera, los *deberes de respeto y garantía* de los derechos humanos se encuentran consagrados en otros instrumentos de fundamental importancia en el ámbito de Naciones Unidas, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo).

³⁴ Este principio es ampliamente desarrollado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de normas de interpretación de tal instrumento, al consagrar que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) *permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*

- b) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*

- c) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

- d) *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

³⁵ Aprobada como resolución por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³⁶ La Carta de Naciones Unidas se firmó en San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

³⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

³⁸ Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

En al ámbito de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, los deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos se encuentran plasmados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹ de la siguiente manera:

Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)

Por su parte, el artículo 1 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁰, estipula el compromiso de los Estados Partes a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos enunciados en él.

De igual manera, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴¹ (Preámbulo y artículos 1 y 14), asegura el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos en él consagrados⁴², y el Tratado de la Unión Europea (artículo 6) estipula que la Unión Europea está obligada a “respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (...)”.

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 1) y la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2), consagran igualmente, las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

Esta normativa contiene los deberes fundamentales de respeto y garantía contraídos por los Estados partes, en relación con cada uno de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de aquellos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo que consagra tales deberes.⁴³

1.3.1 El deber de respeto de los derechos

³⁹ San José de Costa Rica, 1969.

⁴⁰ Suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

⁴¹ Roma, 4 de noviembre de 1950.

⁴² En este mismo sentido versa el preámbulo de la Carta de la Unión Europea.

⁴³ Este postulado, enunciado en el célebre caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, constituye uno de los más destacados aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en referencia a las obligaciones del estado frente a la materia. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C No 4, párr. 62.

La primera obligación que compete a los Estados, en los términos de la citada normatividad, es la de respetar los derechos y libertades esenciales del ser humano.

Ella representa para el Estado, el deber de abstenerse de conculcarlos con su acción u omisión, constituyendo de esta manera, una defensa de la esfera individual de cada ser humano, de los atributos inherentes a su dignidad y de los derechos fundamentales que de ella derivan, frente al poder estatal. En este sentido, la Corte Americana de Derechos Humanos ha venido sosteniendo en su jurisprudencia que:

“(...) la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”⁴⁴

1.3.2 El deber de *garantía* de los derechos

La segunda obligación de los Estados es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de sus derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, a través de la realización de actividades concretas encaminadas a alcanzar este fin. Ella comprende la necesidad de que tanto el orden normativo como las conductas gubernamentales, se dirijan a hacer posible el cumplimiento de esta obligación.⁴⁵

En relación con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha observado que:

“(...) el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los

⁴⁴ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No 6, párr. 21. Este planteamiento es reiterado por la Corte Interamericana en el Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 165 y en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No 18, párr. 73.

⁴⁵ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 167.

*Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos (...).*⁴⁶

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su jurisprudencia que:

*“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”*⁴⁷

En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:

*“La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 (art.14) y el texto en inglés del artículo 1 (art.1) (“debe asegurar”, “shall secure”), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados.”*⁴⁸

De esta manera, es claro que en relación con la obligación de garantía, los tratados de Derechos Humanos imponen a los Estados un cuádruple de deberes: prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos; investigar seriamente con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a sus responsables; imponerles a estos las sanciones pertinentes; y asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁴⁹

El *deber de prevención* implica para el Estado la obligación de adoptar todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que

⁴⁶ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

⁴⁷ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 166.

⁴⁸ Eur. Court H.R., Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25, para. 239.

⁴⁹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 174.

promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que garanticen que las eventuales violaciones a los mismos serán consideradas y tratadas como hechos ilícitos, capaces de generar sanciones para su autor, así como la consecuente obligación de indemnizar a las víctimas.⁵⁰

Con este propósito, ha reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados:

“(...) deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.”⁵¹

Respecto al deber de prevención es preciso señalar que se trata de una obligación de medio o comportamiento, de manera que no se genera su incumplimiento con la sola violación de un derecho.⁵²

De otra parte, el Estado está obligado a *investigar y sancionar* toda situación en la que hayan sido vulnerados los derechos humanos, de manera que:

“(...) Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención. (...)”

(...) La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.”⁵³

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 175.

⁵¹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 81.

⁵² Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 175.

⁵³ *Ibíd.*, párr. 176 y 177.

Finalmente, el Estado debe garantizar una adecuada *reparación* a las víctimas, a fin de lo cual debe adoptar todas las medidas necesarias para hacer cesar los efectos de la vulneración del derecho.

La reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), es decir, el restablecimiento de la situación anterior a la conculcación del derecho. De no ser esto posible, deben adoptarse una serie de medidas encaminadas a reparar las consecuencias que produjeron las infracciones, entre las cuales se encuentra el pago de una indemnización como compensación por los daños materiales e inmateriales ocasionados, de los cuales depende su naturaleza y monto. Esta indemnización no puede representar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.⁵⁴

Junto a los deberes de prevención, investigación, sanción y reparación que competen a los Estados a fin de dar cumplimiento a la obligación de garantizar los derechos, estos están obligados a adecuar su derecho interno a la normatividad internacional en derechos humanos, para garantizar los derechos en ella consagrados⁵⁵. La Corte Interamericana ha manifestado en este sentido, que:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”⁵⁶

⁵⁴ La Corte Interamericana ha sentado estos criterios en torno al deber de reparación, en su jurisprudencia más reciente: Caso Instituto de Reeducción del Menor, *supra* n. 33, párr. 261; Caso Tibi, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C No 114, párr. 224 y 225; Caso De la Cruz Flóres, Sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C No 115, párr. 139 y 140; Caso Masacre Plan de Sánchez, Sentencia de Reparaciones del 19 de noviembre de 2004, Serie C No 116, párr. 52 y 53; Caso Carpio Nicolle y otros, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No 117, párr. 86-89; Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C No 119, párr. 231; Caso Caesar, Sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C No 123, párr. 121-123.

⁵⁵ Este deber se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2; Protocolo de San Salvador, artículo 2; entre otros instrumentos.

⁵⁶ Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas”, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C No 98, párr. 164; Caso Cantos, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 59; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 213; y Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 77, en la que la Corte cita también “*principe allant de soi*”; *Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20. Oc 18 par 77. En este sentido, ver también Caso Lori Berenson Mejía, *supra* n. 54, párr. 220; Caso “Instituto de

El deber de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección de los Derechos Humanos implica de una parte, la supresión de las normas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en esta normatividad, y de otra, la expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁵⁷

Cabe recalcar que esta es una enunciación no taxativa de las obligaciones internacionales del estado en materia de Derechos Humanos; ella constituye tan sólo una referencia a los “deberes generales” expresamente enunciados en los instrumentos internacionales. Sin embargo, pueden existir otros deberes internacionales que, pese a no contar con una consagración normativa, son igualmente exigibles a los Estados en tanto impliquen medidas de protección de los derechos esenciales de la persona humana.

1.4 LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL AMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Para referirse a la Responsabilidad Internacional del Estado frente a la violación de derechos inherentes a la persona humana, es necesario partir de un principio general fuertemente arraigado en el campo de la Responsabilidad Internacional⁵⁸, de acuerdo con el cual *todo comportamiento estatal que el Derecho Internacional caracterice como hecho ilícito*⁵⁹, *implica la responsabilidad internacional de dicho Estado*⁶⁰.

A partir de este principio, pueden identificarse dos elementos fundamentales para determinar si una actuación del estado genera responsabilidad internacional:

Reeducación del Menor”, *supra* n. 54, párr. 205; Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 142 y Caso “Yatama”, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 170.

⁵⁷ Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* n. 56, párr. 165; Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C No 72, párr. 180; Caso Cantoral Benavides, Sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C No 69, párr. 178; y Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 78, 166 y 167.

⁵⁸ En los últimos años, ha tomado fuerza, junto a este principio, la teoría de la responsabilidad internacional del Estado por actos, que a pesar de su licitud, menoscaban los derechos humanos. Rodolfo Piza Rocafort (*Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1989) considera que la ilicitud debe ubicarse no en la conducta del Estado, sino en sus efectos. De esta manera, siempre será ilícito o violatorio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, menoscabar los derechos de una persona, aunque ese mismo ordenamiento hubiera habilitado normativamente al Estado para adoptar esa conducta, *vg.* la afectación de derechos en estados de excepción. En estos casos, aunque los actos sean lícitos (acordes con la normativa internacional en derechos humanos), existe para el Estado la obligación internacional de reparar los daños causados.

⁵⁹ En el capítulo de la Responsabilidad Internacional, son hechos ilícitos, aquellas conductas que constituyen una violación de una obligación internacional del Estado.

⁶⁰ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados*, Art.1.

Un elemento objetivo, que implica la existencia de una conducta con la cual se desconozca una obligación internacional del Estado⁶¹; y un elemento subjetivo, que implica que tal conducta se haya generado a partir de la acción u omisión de un Estado, es decir, que pueda atribuirse a éste⁶².

En relación con el elemento subjetivo, es preciso aclarar que, en virtud del principio de unidad del Estado, la conducta de cualquier órgano del Estado (individuo o entidad) que tenga ese carácter en el derecho interno, se considerará un acto de dicho Estado ante el Derecho Internacional, independientemente de la rama del poder público a la que pertenezca, de la posición que ocupe en la organización del estado (superior o subordinada) y del carácter de las funciones que ejerza (interno o internacional).⁶³

De otra parte, es necesario señalar que, en razón del principio de continuidad del Estado, la responsabilidad internacional subsiste en el tiempo, independientemente de los cambios de gobierno. Ello es reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que:

*“Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada.”*⁶⁴

En relación al tema de la Responsabilidad Internacional del Estado en materia de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha construido una fundamentación teórica, a partir de la sentencia del Caso Velásquez Rodríguez, que actualmente constituye las bases de este capítulo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). Partiendo de ello, la Corte Interamericana ha establecido que:

⁶¹ Otro avance de la dogmática *iushumanista* ha sido el extender la responsabilidad internacional del Estado a los eventos en que éste desconozca normas de derecho interno cuando de la aplicación del principio *pro-homine* se deduzca que la norma interna otorgaba una esfera superior de protección al individuo y, en esa medida, era de obligatorio cumplimiento para el Estado.

⁶² Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. *Supra* n. 60, Art. 2.

⁶³ *Ibid.*, Arts. 5 y 6.

⁶⁴ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 184.

“(…) es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.”⁶⁵

De esta manera, todo menoscabo a los derechos humanos que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública⁶⁶, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.⁶⁷

A partir de este principio, se establece la ilicitud de toda forma de ejercicio del poder público que vulnere los derechos humanos, como consecuencia de la inobservancia del deber fundamental de respeto de tales derechos. Al respecto, ha dicho la Corte Interamericana que:

“Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.”⁶⁸

“(…) Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornarían ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención.”⁶⁹

Sin embargo, allí no se agotan las situaciones que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Una violación de derechos humanos imputable, en principio, a un particular, puede generar responsabilidad internacional del Estado, en virtud del incumplimiento del deber fundamental de

⁶⁵ Corte I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, *supra* n. 33, párrs. 71-73; Caso 19 Comerciantes, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 181; Caso Herrera Ulloa, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No 107, párr. 144. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, Sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C No 120, párr. 54.

⁶⁶ Independientemente de su jerarquía. Corte I.D.H., Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia del 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 142; Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* n. 56, párr. 163; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 220; y Caso “19 comerciantes”, *supra* n. 65, párr. 140.

⁶⁷ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 164.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 170. Este postulado es reiterado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia reciente: Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* n. 56, párr. 163; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 154; Caso Baena Ricardo y otros, *supra* n. 57, párr. 178; y Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 81.

⁶⁹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 171.

garantía de los Derechos Humanos y de las consecuentes obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos humanos. Ello es reiterado por la Corte Interamericana al afirmar que:

“(…) En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”⁷⁰

Otro principio fundamental de la Responsabilidad Internacional de los Estados en materia de Derechos Humanos, fue establecido por la Corte Interamericana al determinar que:

“Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente.”⁷¹

En sus más recientes pronunciamientos, la Corte Interamericana ha recalcado que:

“El artículo 63.1 de la Convención Americana (...) acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional

⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 172. La Corte ha ratificado este planteamiento en posteriores sentencias: Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 182; y Caso “19 Comerciantes”, *supra* n. 65, párr. 140.

⁷¹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, *supra* n. 43, párr. 173. En este mismo sentido, ver Corte I.D.H., Caso Maritza Urrutia, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C No 103, párr. 41; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), *supra* n. 66, párr. 75; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 91; Caso “19 comerciantes”, *supra* n. 65, párr. 141; Caso Cantos, *supra* n. 56, párr. 28; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, *supra* n. 56, párr. 66; y Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 47.

de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación".⁷²

A manera de conclusión, puede afirmarse que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siempre que la vulneración de un derecho inherente a la persona humana resulte de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y garantizar tales derechos, existirá responsabilidad internacional del dicho Estado.

1.5 LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

"El problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos fundamentales no es el de su justificación sino el de su protección".⁷³ "No se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados".⁷⁴

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanza su más alto nivel de legitimidad ante la existencia del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos (en adelante el SIPDH): una auténtica instancia internacional encargada de supervisar el cumplimiento de las obligaciones que en materia de Derechos Humanos han asumido los Estados.

Su existencia revela la voluntad de los Estados de someterse a un verdadero *Orden Jurídico Internacional Jushumanista* como única manera legítima y racional de ejercer su soberanía y de dotar de mayores salvaguardas a los individuos bajo su jurisdicción.

⁷² Corte I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico, *supra* n. 33, párrs. 208 y 209; Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párr. 146; Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 231; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 180.

⁷³BOBBIO, Norberto. *L'illusión du fondement absolu*, en A.A. V.V., *Les fondements des droit de l' homme*. Actes des entretiens de L'Aquila (14-19 septiembre 1964) (Firenze 1966). Institut International de philosophie. La Nueva Italia. Pág. 5 y ss. Traducción española sobre el fundamento de los derechos del hombre, en Sánchez de La Torre Angel. Textos y documentos sobre derecho natural. 2 Ed. Madrid, 1974. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pág. 337 y ss. *Presente y porvenir de los derechos humanos* (1961) pág. 7 y ss. Estos dos textos se encuentran recopilados en el Libro del mismo autor: *El problema de la guerra y las vías de la paz* (Barcelona 1982), Gedisa. Pág. 117 y 129 y ss. Citado en Corte Constitucional Colombiana, *Manual de Jurisprudencia Consitucional*. Derechos fundamentales y derechos de prestación.

⁷⁴BOBBIO, Norberto. *Presente y porvenir ...*, Ob. cit. pág. 9.

Junto a las normas internacionales sobre Derechos Humanos, el SIPDH implica la existencia de unas agencias encargadas de su cumplimiento. De esta manera, en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la existencia de este Sistema nos aproxima a la cuestión de la *justiciabilidad de los derechos*, entendida ésta como la posibilidad de exigir a través de una actuación judicial ante un órgano internacional de Derechos Humanos, el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho.

*“Un derecho cuya violación no da lugar a ninguna sanción es, en el fondo, un derecho inexigible. En la práctica internacional, la exigibilidad de un derecho es un elemento esencial. Decir que un derecho es exigible significa dar por establecido que una autoridad del Estado – o de una organización intergubernamental- es competente para recibir reclamos por violaciones y determinar las sanciones o reparaciones correspondientes. Si esa autoridad es un juez o un tribunal, entonces se habla de justiciabilidad de un derecho. La protección judicial es la garantía más idónea de protección de los derechos”.*⁷⁵

EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos es el *conjunto de agencias jurisdiccionales de carácter internacional cuyo fin es la tutela de los derechos humanos a través de diversos mecanismos de protección internacional*, como las visitas *in loco*, el sistema de informes de casos individuales, el sistema de informes anuales, los mecanismos de seguimiento de “recomendaciones a países”, el ejercicio de su competencia consultiva y el sistema de peticiones individuales.

El *sistema de peticiones individuales* constituye uno de los más eficaces mecanismos de protección de los derechos humanos, pues otorga la posibilidad de recurrir ante tribunales internacionales de derechos humanos facultados por los Estados a través del reconocimiento de su competencia contenciosa para dictar sentencias en casos individuales de presuntas violaciones de los derechos humanos, cuyo cumplimiento es obligatorio para los Estados.

Este mecanismo constituye la máxima expresión de la *justiciabilidad de los Derechos Humanos*, toda vez que en ejercicio de su competencia contenciosa, los tribunales internacionales de Derechos Humanos están facultados para declarar la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos, y

⁷⁵ Carlos Vicente de Roux y Juan Carlos Ramírez. *Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*. CEPAL. Bogotá, 2004.

para ordenar a éstos que garantice a las víctimas el goce efectivo de sus derechos, la reparación del daño y el pago de una justa indemnización. De igual manera, en ejercicio de esta competencia, los tribunales internacionales pueden adoptar las medidas provisionales que consideren necesarias para evitar vulneraciones de los derechos humanos en casos extrema gravedad y urgencia⁷⁶.

Otros mecanismos como el sistema de informes anuales⁷⁷ y las visitas *in loco*⁷⁸, permiten al Sistema monitorear la situación general de los derechos humanos en un lugar y durante un periodo de tiempo determinados.

El SIPDH se afirma sobre dos postulados fundamentales:

En primer lugar, *los Estados son los únicos que pueden ser requeridos por el Sistema en caso de violación de los derechos humanos*⁷⁹, pues son éstos los responsables de la salvaguarda de tales derechos y, por lo tanto, sus únicos eventuales violadores⁸⁰.

En segundo lugar, *la protección internacional de los derechos humanos es subsidiaria, coadyuvante o complementaria a la que ofrece la jurisdicción interna de los Estados*⁸¹. El previo agotamiento de los recursos internos, constituye un requisito indispensable para acudir ante el Sistema⁸².

⁷⁶ El Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que, en ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos goza de estas facultades.

⁷⁷ El Art. 41 g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula este mecanismo en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

⁷⁸ En el marco del Sistema Interamericano, este mecanismo es regulado en los artículos 48.2 de la Convención Americana, 18 g) del Estatuto y 44 y 55 a 59 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁷⁹ HUHLE, Rainer. *La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?*. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg. Ello es reafirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la cual *“todo el sistema de protección de los Derechos Humanos está diseñado en función del reconocimiento del Estado como sujeto de la relación jurídica básica en materia de derechos Humanos y es contra él que se presentan las denuncias por violación de los derechos reconocidos en la Convención”*.

⁸⁰ Las transgresiones a los Derechos Humanos cometidas por los particulares se tipifican bajo la categoría de *delitos* y no bajo la de violaciones de los Derechos Humanos.

⁸¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo.

⁸² De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios”* (Corte I.D.H., Asunto de Viviana Gallardo y otras, sentencia de noviembre 13 de 1981, Serie , párr. 26). Sin embargo, existen excepciones a la aplicación de esta regla: la primera de ellas es que no exista en la legislación interna del Estado el debido proceso para la protección de los derechos que se alega han sido violados; la segunda, que no se haya permitido al peticionario el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o que se le haya impedido agotarlos; y la tercera, que exista un retardo injustificado en la decisión del recurso.

Nacimiento y Evolución del SIPDH

Con la creación de la Organización de Naciones Unidas (1945) se trazan los primeros esbozos de este Sistema. Tal como lo expresa su carta de creación, uno de los propósitos fundamentales de la ONU es el *desarrollo y estímulo del respeto a los derechos y libertades fundamentales del ser humano*⁸³. De esta manera, la creación de Naciones Unidas fue en sí misma una reivindicación de los derechos esenciales del hombre, tras la barbarie que caracterizó la primera mitad del siglo XX.

La promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸⁴ (1948) constituye el primer esfuerzo emprendido por esta Organización para *constituir un régimen de Derecho en materia de protección de los derechos humanos*⁸⁵.

Sin embargo, es con la entrada en vigor de la Convención Europea de Derechos Humanos⁸⁶ (1950), y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁷ (1976), cuando por primera vez, se abre en el campo internacional, la *posibilidad de acudir a organismos jurisdiccionales realmente operativos encargados de la protección de los Derechos Humanos a través del examen de casos individuales*: la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

A partir de la promulgación de la Convención Europea de Derechos Humanos⁸⁸, se abre una nueva etapa en la evolución del SIPDH: *el establecimiento gradual de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*.

El Sistema Europeo fue el primer sistema regional en establecerse. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos hizo su aparición unos años más tarde, con la promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁹ (1969). Por su parte, el Sistema Africano inició su proceso de consolidación a partir de la promulgación de la Carta Africana de Derechos Humanos⁹⁰ (1981), de la Declaración de Túnez⁹¹ (1992) y de la constitución de la Organización de la

⁸³ Carta de San Francisco, Art. 1, num. 3.

⁸⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

⁸⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo.

⁸⁶ Instrumento convencional de tipo regional.

⁸⁷ Instrumento convencional de tipo universal.

⁸⁸ Suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

⁸⁹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978.

⁹⁰ Adoptada en Nairobi, Kenia, en junio de 1981, es un instrumento internacional cuyo principal aporte consiste en el reconocimiento de los derechos colectivos (fundamentalmente, los derechos a la paz y la seguridad, al desarrollo, al medio ambiente y a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales) y la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos (ésta es una instancia no jurisdiccional cuya labor consiste en servir como puente intergubernamental en caso de presentarse una presunta violación de derechos humanos por parte de algún Estado).

⁹¹ Promulgada en la reunión regional para África de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Túnez. En ella, los países africanos reivindicaron la existencia de los sistemas regionales de derechos humanos

Unidad Africana⁹² (1993). Sin embargo, a diferencia de los sistemas europeo e interamericano, el sistema africano carece de una corte de derechos humanos y por tanto, de un sistema de peticiones individuales.

En la actual etapa del Orden Jurídico Internacional *Jushumanista*, hablar de la existencia de tribunales internacionales de Derechos Humanos (el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ante los que Estados e individuos pueden someter casos concretos de violaciones de derechos humanos a través del sistema de peticiones individuales, exigir judicialmente a los Estados el respeto y garantía de sus derechos, la reparación del daño y una justa indemnización, es hablar de verdadera justiciabilidad de los derechos.

Independientemente de la eficacia de sus actuaciones y decisiones, estos tribunales constituyen la etapa más avanzada en la protección internacional de los Derechos Humanos, pues como se dijo, la protección judicial es la garantía más idónea de protección de los derechos.

ya que éstos atienden a *“las realidades históricas y culturales de cada nación y a las normas y valores de cada pueblo”* y ratificaron el principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

⁹² Constituida el 25 de mayo de 1993, en Addis-Abedá, para consolidar y defender la independencia de sus miembros y luchar contra el colonialismo.

2. CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES ACERCA DE LA IGUALDAD

“El Derecho se pretende justo, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial. Ahora bien, la igualdad no es un punto de partida sino una finalidad.”⁹³

La igualdad y el rechazo de todas las formas de discriminación ocupan un lugar fundamental en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos e integran, de alguna manera, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios comunes de protección de todos los derechos.

Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del *jus cogens* internacional⁹⁴, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de su consagración convencional, y con los efectos que ello conlleva para la determinación de obligaciones *erga omnes*.⁹⁵

La “igualdad”, como término normativo, quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales, y que siendo ésta una norma, no basta enunciarla, sino que es necesario sancionarla y observarla. Por su parte, “diferencia”, como término descriptivo, quiere decir que de hecho, entre las

⁹³ Francisco Rubio Llorente. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 644.

⁹⁴ A la luz de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, las prohibiciones-obligaciones con relación a la protección contra la discriminación racial es de carácter *erga omnes* en tanto reflejan principios amparados por las normas del *jus cogens*.

⁹⁵ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44 y Caso Yatama, *supra* n. 56. El Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos reivindica al ser humano, y a la dignidad que le es esencial, como eje central del Derecho Internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que en la base de todo sistema que propugne por la justicia, la paz y la libertad, se encuentra el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de toda la familia humana. De esta manera, comienza a gestarse una *concepción deontológica* del derecho a la igualdad. Esta concepción propugna por un derecho a la igualdad, fundado en la dignidad del género humano. De acuerdo con ella, todas las personas tienen el derecho a ser tratadas por los demás y por el Estado como iguales en dignidad y derechos. Desde esta concepción, la igualdad en tanto expresión de la dignidad humana, es concebida como un *deber* de parte del Estado para con los seres humanos, y de éstos para con sus congéneres. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra, de una parte, el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella consagrados, sin ninguna distinción; y de otra, que los seres humanos, en razón de su igual dignidad y derechos, y dotados como están de razón y de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. A partir de esta concepción de la igualdad como emanación de la dignidad humana, puede entenderse la concepción actual del derecho a la igualdad como parte del *jus cogens* internacional, cuya vigencia no depende de la ratificación de los Estados a través de un tratado, tanto como no depende de ello el valor de la dignidad humana.

personas hay diferencias que determinan su identidad, y son sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en virtud del principio de igualdad.⁹⁶

2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE IGUALDAD

Cada época histórica ha creído hallar desde sus particulares circunstancias, el concepto de la igualdad, dando lugar a concepciones no sólo diferentes, sino aún contradictorias.

El tratadista español Fernando Rey Martínez realiza algunas acotaciones históricas acerca de la igualdad⁹⁷:

“El concepto de igualdad que forma parte del acervo cultural del pensamiento occidental procede de PLATON y, sobre todo, de ARISTÓTELES: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Política 1280a).

En Roma se presentó desde la época de la monarquía una acentuada división de clases que perduraría hasta la caída del imperio. Aun al interior de la familia romana es posible hallar desigualdades entre el *paterfamiliae*, que concentraba el patrimonio y el poder familiar y los hijos de familia sometidos a aquel. Por su parte la mujer siempre se encontraba bajo la tutela del padre, del esposo o de uno de sus hijos. De otra parte, tanto Roma como Grecia se desarrollaron siempre bajo regímenes esclavistas.

Posterior a la caída del imperio Romano, se estructura el régimen feudal. Las relaciones de vasallaje y servidumbre sobre las que se instituyó este régimen, implicaban el reconocimiento de un poder superior (el señor feudal) al que el vasallo o siervo debía humillarse, buscando su protección.

La consolidación del poder de los monarcas que significó el fin del feudalismo, no introdujo grandes cambios en la concepción de la igualdad; en la sociedad del antiguo régimen absolutista las personas estaban divididas en estamentos (nobleza, clero y tercer estado) y la igualdad jurídica se limitaba a quienes detentaban el poder político.

La igualdad como uno de los fundamentos del Estado moderno y el gobierno democrático fue inspiración del movimiento *iusnaturalista*: las teorías

⁹⁶ Luigi Ferrajoli desarrolla este postulado en su obra *“Derechos y garantías. La Ley del más débil”*. Editorial Trotta, 1ª Edición en Español, Madrid, 1999, p. 74.

⁹⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Monografía ciencias jurídicas, p. 40. Mc Graw-Hill. Madrid, 1995.

contractualistas de Locke, Hobbes y Rosseau partieron de la eliminación de toda forma de discriminación (por lo menos formal) entre los individuos, suprimiendo los privilegios únicos de las clases en el poder. Estas ideas fueron reivindicadas en las revoluciones americana (1776) y francesa (1789), y de esta manera, surgió el principio de igualdad en la época moderna.

De dichos procesos revolucionarios surge el Estado de Liberal de Derecho, en el que se reconocen un haz de libertades fundamentales a los ciudadanos, superiores a la voluntad del Estado, y que por tanto, merecen su respeto y protección.

*“La nueva situación de paridad jurídica entre todos los ciudadanos permite a la burguesía - detentadora del poder económico- afirmarse también en el plano político como clase hegemónica”.*⁹⁸

La igualdad promulgada por el Estado Liberal de Derecho, se limitaba a la garantía formal de aplicación de la ley, al punto que ésta acabó confundándose con la misma legalidad. En palabras de Eduardo Cifuentes Muñoz, *“la igualdad prometida y realizada era exclusivamente la jurídica. Solo ante la ley, las personas, en su condición de ciudadanos, eran equiparadas”.*⁹⁹

*“No cabe duda de que el objetivo primordial que la burguesía se propuso influyó decisivamente en la formulación del principio de igualdad. Más que perseguir la igualdad entre todos, el principio venía a exigir la creación de las condiciones necesarias o el marco adecuado para que cada sujeto pudiera obtener los mismos bienes. El principio de igualdad se identificaba con la igualdad de oportunidades y esta formulación sesgada resulta perfectamente congruente con el pensamiento económico burgués: la acción de gobierno debía encaminarse a la producción en ciertas áreas y a la creación, en otras, del libre mercado.”*¹⁰⁰

Sin embargo, el liberalismo económico desencadenó el surgimiento del fenómeno proletario. Nunca antes se habían presentado fenómenos de desigualdad tan grandes entre clases. Ante esta situación, era imprescindible la intervención del Estado a favor de la clase proletaria para evitar el estallido del conflicto social que se avecinaba, lo cual no era posible bajo la vigencia del Estado Liberal de Derecho.

⁹⁸ PIZZORUSSO, Antonio. Lecciones de derecho constitucional. Editorial centro de estudios constitucionales, p. 24. Madrid, 1984.

⁹⁹ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Revista de Derecho Público No. 7, Universidad de los Andes, p. 10, febrero de 1997. Bogotá, D.C.

¹⁰⁰ SUAY RINCÓN, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, p. 24. Editorial estudios de administración local. Madrid, 1985.

Con la crisis de aquel surgen los derechos asistenciales; la ruptura entre legalidad e igualdad se determina por el hecho de que, antes que ser fundamento del Estado, esta es una finalidad y un punto de partida para su actuación.

Las primeras medidas legales tomadas a favor de un grupo (contra el principio de universalidad de la ley) vinieron de un gobierno conservador como el encabezado por Bismarck en la naciente Alemania de finales del siglo pasado, que buscaba con éstas, la solución de un problema social concreto y no un cambio en la misión del Estado. Sin embargo, la labor de éste como propulsor de reformas sociales no se detuvo y como consecuencia de esto surgirá una nueva clase de derechos: los asistenciales, como expresión de la nueva función social del Estado. Ellos se constituyen en el punto de partida de la actuación del Estado como garante de las relaciones de orden económico y social.

En las Constituciones de Weimar de 1919 y la Mexicana de 1917, se concilia entre derechos individuales y asistenciales en el marco del Estado Social de Derecho.

El Constitucionalismo de la segunda post-guerra, heredero directo de la Constitución de Weimar, expresará como nunca antes la necesidad de que el Estado se convierta en el verdadero guardián de los derechos de las personas, y como el artífice de la realización de los ideales democráticos, entre ellos la *igualdad*, tan socavados por los regímenes fascistas que asolaron Europa.

2.2 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA IGUALDAD A PARTIR DE SU ESTRUCTURA TRIÁDICA

La igualdad posee tres aspectos diferentes y complementarios uno del otro, así: (i) la igualdad como valor, (ii) la igualdad como principio, y (iii) la igualdad como derecho fundamental subjetivo.¹⁰¹

La igualdad en tanto valor, puede entenderse como una *norma superior que se proyecta sobre todo el orden jurídico, del cual constituye el fundamento, y a su vez, la finalidad.*

El principio de igualdad, posee mayor especificidad que el valor y es más eficaz, en tanto posee una mayor capacidad para ser aplicado de manera directa e inmediata. Este puede descomponerse en dos principios que son complementarios uno del otro: *(i) si no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual y (ii) si*

¹⁰¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-033 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

*hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento desigual.*¹⁰²

Por su parte, el derecho a la igualdad, es la *facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado.*¹⁰³ Al ser un derecho subjetivo, puede ser invocado ante los tribunales, y se proyecta además, una obligación de los poderes públicos consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho.

2.3 LA IGUALDAD COMO DERECHO

2.3.1 Diversas nociones del derecho a la igualdad

La noción de *igualdad formal o igualdad ante la ley*, constituye una de las reivindicaciones fundamentales de las revoluciones burguesas. Se trata de un avance en relación al Estado despótico en el cual se gestaron estas revoluciones, en tanto la sumisión a la voluntad arbitraria del monarca, fue reemplazada por la sumisión a la voluntad soberana de la ley.¹⁰⁴ En este sentido, afirma Eduardo Cifuentes Muñoz:

*“En la época moderna, este enunciado reivindicado con firmeza por la Revolución Francesa, pone fin al régimen feudal, basado en las diferencias estamentales, las jurisdicciones especiales, las denominaciones y prerrogativas hereditarias.”*¹⁰⁵

La igualdad ante la ley implica que *los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales*. De esta manera, delinea un ámbito general de derechos y libertades para todos y todas, cobijándolos de manera general, impersonal y abstracta. La Corte Constitucional Colombiana ha expresado en este sentido:

*“La igualdad ante la ley y las autoridades ha quedado cristalizada como derecho fundamental por cuanto es esencial al ser humano, pues elimina la esclavitud, la servidumbre, las prerrogativas hereditarias y los privilegios de clases.”*¹⁰⁶

¹⁰² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-351 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁴ Red de Promotores de Derechos Humanos. *El Derecho a la Igualdad*. Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2004. p. 23.

¹⁰⁵ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Op. cit.*, supra n. 99, p. 10.

¹⁰⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-432 de 1992. M.P. Simón Rodríguez.

La noción de *igualdad de trato* constituye un desarrollo de la noción de igualdad ante la ley. Ella involucra el derecho a obtener un igual tratamiento por parte del Estado y de los particulares en la distribución de derechos y libertades, bienes, oportunidades, cargas, posiciones sociales y salario,¹⁰⁷ es decir, a ser tratado igual que los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se construyan en la sociedad.

La noción de igualdad formal implicaba, en principio, que así como la ley no podía introducir tratamientos desiguales, tampoco podía tomar en consideración las desigualdades existentes en la realidad a fin de mitigarlas.

Fue precisamente el reconocimiento de estas desigualdades, el que llevó a una nueva formulación de la noción de igualdad, en tanto *igualdad material o sustancial: los iguales deben ser tratados como iguales, y los diferentes deben ser tratados como diferentes*.

Esta nueva formulación, nos lleva a entender la noción de igualdad en dos diversos sentidos: igualdad como equiparación e igualdad como diferenciación.

De acuerdo con la noción de *igualdad como equiparación*, la ley no puede establecer tratamientos discriminatorios en el goce y ejercicio de derechos y libertades, a partir de ciertas categorías como la raza, el sexo, la religión o la clase social, entre otras, toda vez que ellas no justifican un tratamiento desigual ante la ley. Esta noción parte de lo que Ferrajoli denomina “la indiferencia jurídica de la diferencia”, bajo la cual, *las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan; no se tutelan ni se reprimen; no se protegen ni se violan*, sencillamente, se equiparan a través de la consagración en la ley, del principio de no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos y libertades.

De otra parte, bajo la noción de *igualdad como diferenciación*, la ley puede establecer tratamientos diferenciados en favor de ciertos grupos o individuos, a fin de mitigar las desigualdades y en esta medida, promover la igualdad real, bajo un criterio de razonabilidad¹⁰⁸. En el sentir de la Corte Constitucional Colombiana, la igualdad no solo permite sino que exige este tratamiento diferenciado. En este sentido, la Corte ha manifestado:

“(...) cuando existen condiciones materiales diferentes entre sí, no sólo resulta conveniente, sino que además se torna indispensable y necesario que ellas reciban un trato diferente, con el fin de proteger el derecho a la igualdad”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Red de Promotores de Derechos Humanos. *Op. cit. supra* n. 104 , p. 24.

¹⁰⁸ En el siguiente capítulo se estudiará con mayor profundidad el tema del Test de Razonabilidad.

¹⁰⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-410 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Actualmente, lo que está prohibido, en razón del derecho a la igualdad ante la ley, es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, es decir, la diferenciación arbitraria.

De otra parte, el derecho a la *igualdad de oportunidades*, en tanto desarrollo de la noción de igualdad material, trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Ella constituye un ideal, y a su vez, un medio para garantizar a todas las personas el máximo disfrute de sus derechos y su plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. De acuerdo con la Corte Constitucional Colombiana:

“(...) El derecho a la igualdad de oportunidades (...) tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos. (...)”

*La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se "equipara" a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos”.*¹¹⁰

2.3.2 Consagración del derecho a la igualdad en la normativa internacional

El derecho a la igualdad y a no ser sometido a ninguna forma de discriminación se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En el ámbito del Sistema Internacional de Protección, algunos de las disposiciones normativas que lo contemplan son la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 26); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16); la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (arts. 2 y 4); la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); el Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los

¹¹⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-299 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Trabajadores Migrantes (revisado) (art. 6); el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (arts. 1 a 3); el Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (arts. 8 y 10); el Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (arts. 6); la Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); la Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, arts. 19 a 24; II.B.2, arts. 25 a 27); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (arts. 2, 3, 4.1 y 5); la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrs. de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (arts. 3); la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); y la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (arts. 5.1.b y 5.1.c).

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, algunos de los instrumentos que consagran este principio son la Carta de la OEA (art. 3.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 2); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (art. 3).

De otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 y 21); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts 1 y 14); la Carta Social Europea (art. 19.4, 19.5 y 19.7); y el Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1), consagran el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.¹¹¹

Finalmente, en el marco de los Sistemas Africano y Asiático de Protección de los Derechos Humanos, este principio se enuncia en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (arts. 2 y 3); la Carta Árabe sobre

¹¹¹ Los instrumentos normativos enunciados hacen parte del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Ahora, en el marco de la Unión Europea de Naciones, la Constitución Europea da a la igualdad un amplio tratamiento. En ella, la igualdad es consagrada como un valor de la Unión (art. I-2); como un objetivo (art. I-3.3); como parte del principio democrático (art. I-45); como un derecho (arts. II-80, II-81, II-83); aplicada en el ejercicio de los demás derechos (arts. II-87, II-88, II-89, II-90, II-91, II-94, II-95 y II-96); como política (arts. III-116, III-118, III-133, III-214); además de consagrar otros mecanismos discriminatorios (art. III-167. e).

Derechos Humanos (art. 2); y la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (art. 1).

2.3.3 La igualdad en la Carta Política Colombiana

Constitución Política de Colombia, Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos que contra ellas se cometan”.

El artículo 13 constitucional, consta de varios elementos que al integrarse, constituyen la noción de igualdad en la Carta Política: (i) el principio de igualdad formal y material, (ii) el derecho fundamental subjetivo, (iii) el derecho a la no discriminación, (iv) el derecho a la diferenciación, (v) la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, (vi) los deberes positivos del Estado, (vii) el carácter integrador de las cláusulas especiales de protección, y finalmente, (viii) la sanción por abuso o maltrato.¹¹²

Además, las diversas nociones del derecho a la igualdad se encuentran comprendidas en el texto constitucional, de la siguiente manera:

- a) La igualdad ante la ley para efectos de derechos, deberes y procedimientos, se encuentra consagrada en los artículos 2°, 8°, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 33, 35, 38, 40, 42, 46, 49, 52, 54, 57, 67, 69, 70, 74, 79, 86, 87, 91, 92, 95 y 216.¹¹³
- b) La igualdad como equiparación, está contemplada en los artículos 43 (igualdad del hombre y la mujer), y 42 (igualdad de derechos y deberes de la pareja).
- c) La igualdad como diferenciación se consagra en los artículos 13 incisos 2° y 3° (adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles), 58 (criterios para establecer la indemnización por expropiación: los intereses de la

¹¹² Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-353 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-591 de 1992 M.P. Jaime Sanín y C-108 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹¹³ Estas normas consagran el derecho de igualdad ante la ley bajo los términos de “personas”, “todos”, “nadie”, “colombianos” y “ciudadanos”.

comunidad y del afectado), y 95.9 y 362 (principios tributarios de equidad y progresividad).

2.3.4 El Derecho a la Igualdad y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

“La Igualdad es un derecho de aplicación transversal frente a otros derechos, y por tanto es a la vez, derecho y principio. La mayoría de los instrumentos sobre derechos humanos contienen una disposición relativa a la discriminación, que prohíbe dicha práctica con respecto a los demás derechos plasmados en el mismo instrumento.”¹¹⁴

El Derecho a la Igualdad, en su concepción práctica y llegado el momento de analizarlo en la realidad jurídica, es un derecho que no es independiente y que debe estudiarse a luz de algún otro derecho conexo frente al cual se viola, encontrándose en la realidad y frente al caso concreto materia de estudio, que generalmente, el derecho a la igualdad se encuentra íntimamente relacionado con algún Derecho económico, social y cultural o con algún derecho político.

Tomando como referencia que el objeto de esta investigación son las diferentes concepciones de igualdad y su entendimiento frente al acceso a los bienes públicos, se hace necesario e indispensable, el estudio de la naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC) y la índole de las obligaciones de los Estados frente a ellos, para posteriormente situarlos en el marco de la sociedad caracterizada por la escasez de estos bienes y entender la *igualdad material* como un instrumento que puede llegar a ser eficaz, para garantizar el acceso a estos bienes, para aquellos sectores de la población, que por condiciones históricas, económicas, sociales, o de cualquier otra naturaleza, ven la posibilidad de acceso efectivo a estos bienes como una ilusión.

El derecho a la Igualdad es concebido tradicionalmente como un derecho civil, de “primera generación” y los DESC como derechos de “segunda generación”, existiendo de esta manera una diferencia sustancial en la naturaleza de estos derechos.

Es necesario entonces hacer una primera y fundamental aclaración, que si bien puede parecer evidente, no puede pasarse por alto, y es que tal como se formuló en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 *“La indivisibilidad*

¹¹⁴ O'Donnell, Daniel. *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Volumen I. Bogotá, 2003. p. 81.

e interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los DESC son principios fundamentales de la legislación internacional de los derechos humanos”.

Reafirmando lo dicho, en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se afirmó que *“todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.”*¹¹⁵ En este sentido el juez Rodolfo E. Piza Escalante, de la Corte IDH, manifestó por medio de un voto separado que *“la distinción entre derechos civiles y políticos y DESC, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por sí mismo” y derechos de carácter progresivo, que son “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que se otorgue con discriminación”*¹¹⁶

Los principales instrumentos internacionales que consagran los DESC son el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y la Carta Social Europea, en donde se estipulan las principales obligaciones de los Estados partes en la materia, estableciéndose que los Estados deben adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en estos instrumentos.

Si bien la principal jurisprudencia internacional se ha encargado de analizar cada uno de los componentes de la obligación referida, para efectos de esta investigación se estudiará lo pertinente a la satisfacción progresiva de estos derechos, a la clase de medidas que debe implementar el Estado, para así dilucidar el alcance de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC de manera general, y de manera específica la exigibilidad de la igualdad en el disfrute de tales derechos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que *“el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los DESC no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo... sin embargo esta efectividad no ha de interpretarse equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte se requiere de un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los DESC... de otra parte debe interpretarse a la luz de la razón de*

¹¹⁵ Naciones Unidas, Declaración de Viena, A/CONF.157/23 del 12 de julio de 1993. Párr.5.

¹¹⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Serie A No. 4. Voto razonado juez Piza Escalante, párr. 6.

*ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que trata*¹¹⁷.

Si bien los instrumentos estudiados contemplan una realización paulatina y tienen en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos, lo que daría lugar a entender las obligaciones del Estado en la materia como obligaciones de comportamiento, es necesario resaltar que también se imponen obligaciones de efecto inmediato, consistentes en que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación” y en el compromiso de “adoptar medidas” para la realización efectiva de los DESC; tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia los objetivos propuestos, así como también adoptadas dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor de los instrumentos.

El artículo 2 del PIDESC establece que los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas deben ser todos aquellos “apropiados” inclusive, en particular, la adopción de “medidas legislativas”; necesarias e indispensables en esferas como la salud, la protección de los niños y las madres, la educación, etc. Sin embargo la adopción de esta clase de medidas no agota la obligación, cada Estado parte debe decidir por sí mismos qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, indicando, en qué se basa para indicar que tales medidas son las más apropiadas.

Cabría considerar apropiado, además de las medidas legislativas, el ofrecimiento de recursos judiciales, en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, por ejemplo, el disfrute de los derechos reconocidos “sin discriminación” se fomenta de manera más apropiada, mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. El Estado tampoco debe descartar medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social, prestando siempre especial atención a todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivas por cuanto deben justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en los Instrumentos y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

De igual manera el Estado parte se encuentra obligado a garantizar una satisfacción mínima de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, y aunque debe atenderse a las limitaciones de los recursos, así se demuestre su insuficiencia, el Estado debe aprovechar al máximo los recursos mínimos y asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes.

¹¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General No 3, “La índole de las obligaciones de los Estados parte”, párr.9.

En relación con la obligación del Estado de ofrecer recursos judiciales para exigir el cumplimiento de sus obligaciones en la materia, es necesario recordar que si bien frente a los derechos civiles y políticos nadie duda que la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos es fundamental, en lo relativo a los DESC, con frecuencia, se parte del supuesto contrario, poniendo en tela de juicio su justiciabilidad.

La justiciabilidad debe ser entendida como las cuestiones que pueden o deben resolverse en los tribunales y es claro que no hay ningún derecho, reconocido en los instrumentos anteriormente mencionados, que no se pueda considerar con algunas dimensiones significativas de justiciabilidad; si se eliminara de los DESC su dimensión mínima de justiciabilidad se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables de la sociedad.

Al respecto, El principio 8 de los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC, establece que *“aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato, mientras otros derecho pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo”*, haciendo referencia a las obligaciones de comportamiento y resultado esbozadas anteriormente.

El principio 14 del mismo instrumento, atendiendo a la justiciabilidad de los DESC, consagra que *“debido a la realización progresiva de los derechos estipulados en el Pacto, se debería dar atención especial a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de los pobres y de otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la posible necesidad de adoptar medidas especiales para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y minorías”*.

Por su parte, los principios 35 a 41 analizan específicamente la índole de la obligación del Estado de garantizar los DESC *“sin discriminación”*, establecida en el artículo 2 del PIDESC lo cual tiene una relación indisoluble con la justiciabilidad de los mismos, toda vez que *“esta obligación es de aplicación inmediata y requiere de una garantía explícita por parte de cada uno de los Estados, debería ser sujeto a la revisión judicial y a otros recursos procesales”*.

El principio 37 establece que esta obligación implica la eliminación de la discriminación, tanto *de jure* como *de facto* en el goce de los DESC, debiéndose interpretar esta obligación a la luz del principio 39, atendiendo al cual *“no se considerará como discriminación la adopción de medidas especiales cuyo único fin sea asegurar el progreso adecuado de determinados grupos o individuos que requieren de la protección que sea necesaria para garantizar a dichos grupos o individuos igualdad en el disfrute de los DESC, siempre que esas medidas no*

resulten en el mantenimiento de derechos separados para distintos grupos y que las mismas no sigan vigentes después de lograr los objetivos planteados”.

En este sentido es necesario resaltar, tal como se hizo en la Directriz 20 de las Directrices de Maastricht sobre las violaciones a los DESC, de 1997, que tanto individuos como grupos pueden ser víctimas de violaciones a los DESC y que en este sentido algunos grupos sufren en forma desproporcionada, como por ejemplo, personas de bajos ingresos, mujeres, pueblos indígenas y tribales, poblaciones en situaciones de ocupación, personas que buscan asilo, refugiados y desplazados internos, minorías, personas mayores, niños, campesinos sin tierra, personas con discapacidad y desamparados.

Así es claro, que si bien, los DESC están dotados de progresividad, esta misma no exonera al Estado de sus obligaciones mínimas como las ya reseñadas, pero, es necesario poner de relieve también, que esta misma progresividad implica el tratamiento preferencial a la hora de aplicar políticas públicas atendiendo a la protección de los grupos desfavorecidos, situación esta, que atendiendo al principio de no discriminación, entendido en su sentido más amplio, puede ser justiciable por medio de la creación y aplicación de un recurso judicial efectivo.

2.3.5 Exigibilidad del Derecho a la Igualdad en el Derecho interno

En el sistema jurídico colombiano el derecho a la igualdad es exigible a través de la acción de tutela¹¹⁸. Su carácter de derecho esencial de la persona, su ubicación y denominación en el texto constitucional como “derecho fundamental”, su consagración en diversos tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad colombiano y su carácter de aplicación inmediata (Constitución Política de Colombia, Art. 85), permiten exigir judicialmente el respeto y garantía de este derecho a través del mecanismo de tutela.

Esta acción es procedente aún cuando se trata de exigir el derecho a la igualdad y la no discriminación en el disfrute de otros derechos que como la salud, la educación o el empleo, que son de naturaleza prestacional. Como se dijo, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existe un mínimo de obligaciones exigibles judicialmente al Estado, dentro del cual se encuentra la garantía de la igualdad y no discriminación en el disfrute de estos derechos. En estos casos, lo que es realmente exigible al Estado a través de tutela es la garantía de la igualdad en el disfrute de estos derechos.

¹¹⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-002/1992.

La Corte Constitucional Colombiana, al estudiar la aplicación del derecho a la igualdad y su exigibilidad en materia de acceso a bienes públicos, se ha pronunciado en este sentido en diversos fallos que serán estudiados más adelante, en lo referente al desarrollo de las acciones afirmativas en Colombia.

2.3.6 La acción del estado como garante del Derecho a la Igualdad

Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del Derecho Internacional general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquellos son destinatarios de dos tipos de obligaciones:

Una de carácter negativo, que representa para el Estado la obligación de abstenerse de usar sus órganos para establecer tratos discriminatorios que atenten contra la igual dignidad de las personas o que impliquen el menoscabo de su derecho a la diferencia, y una de naturaleza positiva, que le impone la obligación de tomar medidas a través de las cuales se establezcan tratos diferenciados que garanticen la igualdad real en la sociedad.

En razón de estas obligaciones, el Estado debe desarrollar determinadas acciones en cuatro órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza – es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado– la efectiva vigencia – no sólo la consagración nominal– de los inherentes a la persona en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualquiera que sea su rango o alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; c) combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia; d) finalmente, adoptar medidas positivas para revertir situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

2.3.7 Fundamentos filosóficos del derecho a la igualdad y de la acción del Estado frente a este derecho

- La igualdad como propiedad de las normas de distribución en Oppenheim¹¹⁹

Felix Oppenheim estudia, a partir del planteamiento aristotélico, *el principio de igualdad como una propiedad de las normas de distribución de los beneficios y las cargas en la sociedad*.

¹¹⁹ Oppenheim, Felix E. *Igualdad*. En Bobbio, Norberto, Nicola Matteucci y Felix Oppenheim. Diccionario de la Política. Editorial Siglo XXI.

De acuerdo con Oppenheim, existe un criterio tradicional del igualitarismo, para el cual un sistema jurídico es igualitario si todos los beneficios o cargas se distribuyen en partes iguales para todos (*igualdad numérica*).¹²⁰

Sin embargo, de acuerdo con un criterio más amplio, una norma de distribución es igualitaria cuando se asignan partes iguales a quienes son iguales en una determinada característica.¹²¹

La *igualdad proporcional* surge a partir de este último criterio. En ella se establece una relación creciente entre la cantidad de beneficio o de carga asignada y la característica personal que especifica la regla de distribución, de manera que cuanto mayor es la característica, tanto más grande es la parte asignada; en otras palabras, la diferencia de la cuota distribuida a cada cual se relaciona de manera proporcional al grado en que se diferencian respecto de la característica especificada.¹²²

La igualdad proporcional puede tomar un matiz, de acuerdo con el cual una regla de distribución es igualitaria si las diferencias en la distribución corresponden a diferencias relevantes en las características personales, es decir, si la característica especificada es relevante respecto del género de beneficios o de cargas por distribuir. De esta manera, una diferencia en el trato requiere una justificación en términos de diferencias relevantes. W.T. Blackstone define el concepto de relevancia de la siguiente manera: “decir que x es relevante cuando se habla de tratamiento de personas, significa que x está efectiva o potencialmente conectado de manera instrumentalmente útil o nociva con la consecución de un determinado fin y por consiguiente debería tomarse en consideración en la decisión de tratar a alguno de una manera determinada”.

Bajo esta última concepción puede establecerse que las diferencias de trato que el Estado establece en favor de determinados grupos que por una situación de discriminación histórica, o por sus actuales circunstancias sociales, económicas o de cualquier otro género, se encuentran en una situación de debilidad o vulnerabilidad frente a otros grupos, son igualitarias en tanto los beneficios que se otorguen a su favor estén estrechamente ligados con su situación de vulnerabilidad y contribuyan a remediarla. En este mismo sentido, es inigualitario no establecer un trato diferencial que otorgue mayores beneficios a estos grupos, pues su situación de debilidad, en tanto limita, restringe e impide el disfrute de sus derechos, constituye un criterio de suma relevancia, que justifica la adopción de ciertas diferencias de trato en su favor dirigidas a superar esta situación.

¹²⁰ Aristóteles, *La Política*, 1301b.

¹²¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1131a.

¹²² Aristóteles, *op cit. supra* n. 120.

De otra parte, el igualitarismo se define a veces en términos de justicia. Bajo esta concepción, lo verdaderamente opuesto a la igualdad es la desigualdad de trato verdaderamente arbitraria, es decir, injustificable. De esta manera, las desigualdades justificadas de tratamiento son igualitarias. Tomado en este sentido, el igualitarismo no se refiere en realidad a una característica de las reglas de distribución; él en sí mismo es una regla de acuerdo con la cual “todas las personas deben ser tratadas en igual forma, a menos que se encuentren buenas razones para tratarlas en forma diversa”. Esta orden expresa de igualdad no es una regla positiva de ética sino una regla para adoptar otras reglas.

De acuerdo con esta última concepción, una regla de distribución que determina un tratamiento diferenciado es compatible con la regla de igualdad, en tanto pueda considerarse justificada o fundada en buenas razones. De manera que las medidas de diferenciación positiva que el Estado adopta a fin de garantizar la igualdad material de ciertos grupos, son igualitarias en tanto se fundamentan en una buena razón.

Todas las concepciones que hemos examinado hasta ahora toman en consideración únicamente cuánto de un beneficio o una carga específicos debe asignarse a dos personas. Sin embargo, las reglas de distribución también pueden considerarse desde la óptica del resultado final.

En un proceso de distribución de cargas o beneficios, generalmente pueden distinguirse tres fases: la distribución original, la aplicación de una regla de distribución y finalmente, la redistribución resultante de la aplicación de la regla de distribución; una regla de distribución podrá llamarse igualitaria o no, sólo en relación con alguna distribución anterior. Oppenheim propone llamar igualitaria a una regla de distribución si nivela, o por lo menos reduce, las diferencias originales entre las cantidades bienes. De esta manera, una regla de nivelación es siempre una regla igualitaria de distribución. Por el contrario, una regla de distribución que deja intactas las desigualdades originales de beneficios o cargas, o aumenta esas diferencias, es inigualitaria. Respecto de una determinada distribución, una regla de redistribución es tanto más igualitaria cuanto menos es la diferencia entre los bienes al final, en comparación con el principio.

Ahora bien, en la sociedad no solo se distribuyen bienes; en algunas ocasiones se distribuyen oportunidades. Decir que *A* tiene la oportunidad de obtener *x* significa que no encuentra obstáculos en el camino para obtener *x*, de tal manera que, si lo desea, puede hacerlo. *C* le da a *A* la oportunidad de alcanzar *x* si elimina determinados obstáculos que lo ponen en condiciones de obtenerlo, de manera que el hecho de que *A* obtenga *x* dependerá sólo de su habilidad natural y adquirida y de su esfuerzo. En una competencia, dos competidores, *A* y *B*, tendrán igual oportunidad de vencer si parten de la misma línea; si *A* se encuentra en principio detrás de *B*, debe desplazarse hacia delante, hacia la línea común de partida, para tener la misma oportunidad que *B*. El principio de *igualdad* (o

nivelación) de oportunidades), se ocupa, por lo tanto, de la redistribución del acceso a las distintas posiciones de la sociedad, pero no de la distribución de las posiciones mismas. La solución consiste en hacer estas posiciones accesibles a todos, con una base competitiva. La hipótesis consiste en que si todos tienen un punto de partida igual, la posición que ocupen al final dependerá exclusivamente de la velocidad con que hayan corrido y de la distancia alcanzada.

El liberalismo clásico sostenía que la igualdad de oportunidades se podía llevar a cabo a través de una asignación igual de los derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la propiedad. De acuerdo con el pensamiento liberal, eliminar los privilegios y establecer la igualdad de derechos, garantiza que no habrá ningún obstáculo en el camino de ninguno para que busque la felicidad con la habilidad que tiene para acceder a la posición adecuada a su máxima capacidad.

Sin embargo, de acuerdo con Oppenheim, la igualdad de derechos no es suficiente para hacer accesibles, a los que socialmente están en desventaja, las oportunidades de que disponen los individuos socialmente privilegiados. Se necesitan distribuciones desiguales para llevar a los primeros a un nivel común de partida, es decir, se necesitan privilegios jurídicos y beneficios materiales para los no privilegiados económica y socialmente.

De esta manera, las medidas que establecen un tratamiento diferenciado que otorga ciertos beneficios a grupos económica, social o culturalmente vulnerables, aunque son intrínsecamente inigualitarios, extrínsecamente no lo son, en tanto llevan a una nivelación de las oportunidades.

Una vez se proveen las necesidades mínimas de cada uno, y todos tienen iguales oportunidades, comienza la competencia, y la posición ocupada al final por cada uno dependerá exclusivamente de su capacidad o habilidad.

- **La acción del Estado como garante del derecho a la igualdad en Jellinek y Alexy**

El derecho a la igualdad posee dos componentes: uno de carácter negativo, como derecho a la defensa de los individuos frente al Estado, que exige a éste abstenerse de perturbar arbitrariamente la igualdad de *iure* (de manera que la máxima general de igualdad es de naturaleza negativa); y otro, de naturaleza positiva, como un derecho a prestaciones del Estado, que implica la obligación de adoptar medidas positivas a fin de eliminar las situaciones de discriminación, debilidad o vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos e individuos.

La teoría de los estatus y los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek¹²³ junto con la del *iusfundamentalismo* de Robert Alexy¹²⁴, fundamentan la existencia de estos dos componentes integradores del derecho a la igualdad y el accionar del Estado frente a cada uno de ellos.

La teoría del estatus de Jellinek parte de la afirmación de la existencia de unos estados o estatus del ciudadano frente al Estado, que forman un conjunto de posibles relaciones fundamentales entre ellos.

De acuerdo con Jellinek, *“la pertenencia al Estado, califica a cada ciudadano y se concreta en una serie de relaciones que lo colocan en diversas situaciones jurídicas (Zustände), de las que surgen pretensiones jurídicas (Ansprüche). Estas pretensiones de los ciudadanos constituyen los derechos públicos subjetivos, los cuales han ido afirmándose progresivamente en cuatro fases o status.”*

En primer lugar, un estatus pasivo, *status subjectionis*, en el que Jellinek representa al individuo en estado de sumisión (*der passive status*) frente a las normas del Estado, dentro de su esfera de libertad individual y no se genera para él ningún derecho.

En segundo lugar, un estatus negativo (*status libertatis*), que reconoce al individuo un ámbito de autonomía, una esfera de no injerencia (*der negative status*) del poder del Estado en el actuar de los individuos, quienes poseen ciertas facultades para lograr que el Estado se abstenga de intervenir en su esfera individual. Surgen, de esta manera, los derechos de defensa del individuo frente al Estado, de no injerencia del Estado en el ámbito de la libertad individual. En esta medida, puede afirmarse, en relación con el derecho a la igualdad, que en este estatus surge para el Estado la obligación de abstenerse de perturbar arbitrariamente el ejercicio de este derecho.

Jellinek se refiere, en tercer lugar, a un estatus positivo (*status civitatis*), que reconoce capacidad jurídica al individuo para exigir prestaciones positivas del Estado, es decir, otorga al individuo pretensiones positivas (*der positive status*) que constituyen verdaderos derechos públicos subjetivos. En este estatus surge para el Estado el deber en materia de igualdad, de promover la igualdad real y efectiva a través de la adopción de medidas positivas tendientes de eliminar las situaciones de discriminación, debilidad o vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos e individuos.

¹²³ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Segunda edición. Tubinga, 1905. citado en PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos S.A., Cuarta edición. Página 58. Madrid, 1991.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, título original *Theorie der Grundrechte*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid, 1999.

Finalmente, Jellinek se refiere a un estatus activo (*status activae civitatis*), en el que el ciudadano disfruta de derechos políticos, esto es, participa en la formación de la *voluntad del Estado* (*status der activen zivität*).

Por su parte, la teoría del “*iusfundamentalismo* de los principios” de Robert Alexy, parte del reconocimiento de ciertos derechos *iusfundamentales*, de cuyo núcleo esencial se derivan componentes superiores con los cuales se estructura la dogmática del Estado, es decir son reglas configuradas como principios.

Estos derechos exigen del Estado dos tipos de acciones: una negativa, que implica que el Estado debe abstenerse de toda conducta que conculque el principio y el derecho, y su contrapartida positiva expresada en el deber del Estado de “hacer efectivas las medidas conducentes a garantizarlo”.

Las acciones negativas se identifican con los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, y exigen de éste, una omisión a realizar conductas dañosas, discriminatorias, destructivas o de afectación negativa; que deriven en perjuicios para el individuo. Esta es la consagración más antigua del elemento objetivo de los derechos fundamentales: *aquel que se instituye como garante y destinatario de la voluntad general, no debe vulnerar los deberes ni las obligaciones para las cuales ha sido instituido*. Dicho de otra forma, quien garantiza el derecho no lo puede vulnerar.

Por su parte, las acciones positivas se identifican con un derecho a prestaciones, a una acción positiva del Estado. En esta medida, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa. La escala de acciones positivas del estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes. Este tipo de acciones permite garantizar la dimensión activa o material del derecho a la igualdad, de manera específica, a través de la adopción de *acciones afirmativas*, en tanto medidas positivas tendientes a garantizar el derecho *iusfundamental* de igualdad.

2.4 CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN

La discriminación es definida, en las convenciones destinadas a su eliminación, esencialmente como *cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados*.¹²⁵ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas la ha definido como:

¹²⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1(1); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1; Convención Internacional

“(...) 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.”¹²⁶

Los motivos que pueden generar discriminación no se limitan a los que se encuentran expresamente contemplados en los instrumentos internacionales; junto a ellos, los textos de estos instrumentos suponen la existencia de otros motivos de discriminación posibles. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que la cláusula de no discriminación se aplica a casos no enunciados taxativamente en los pactos internacionales.

Entre las disposiciones más importantes que consagran a nivel internacional, la prohibición de la discriminación, se encuentran: los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, en el sentido de considerar que *no todo tratamiento jurídico es discriminatorio*.

El principio de igualdad, al reconocer la diversidad de los seres humanos, acepta y propicia determinadas *distinciones* siempre que tiendan a fortalecer, no a impedir, el goce y ejercicio de todos los derechos, incluida la misma igualdad. Estas distinciones, en consecuencia, no afectan el derecho a no ser discriminado. Tampoco restringen el concepto de igualdad.

En esta medida, una distinción es *discriminatoria* cuando no tiene un propósito legítimo, o una justificación objetiva y razonable, y no guarda una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.

Un gran avance en materia de protección contra la discriminación, lo constituye el

sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículo 7; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999), artículo 1(2); entre otras.

¹²⁶ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

hecho de que en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos, esta protección se haya extendido contra la *discriminación indirecta* que engendran cierto tipo de actos que, en apariencia no generan un trato desigual, pero que poseen un efecto o impacto discriminatorios.

2.5 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.5.1 Normatividad básica

Si bien el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no cuenta con un instrumento normativo exclusivamente dedicado a la protección contra la discriminación¹²⁷, el principio de igualdad y no discriminación irradia todo el sistema interamericano de protección, al encontrarse consagrado en numerosas cláusulas de la normatividad interamericana:

*Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹²⁸; *artículo 24 de este mismo instrumento*¹²⁹; *artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA*¹³⁰; *artículo II de la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre*¹³¹; *artículo 3 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹³²; *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*¹³³; y *artículos 4, 6, 8 y 9 de la Convención*

¹²⁷ Salvo la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que aunque constituye un gran avance en la materia, se limita a determinar el tratamiento frente a este tipo de discapacidad.

¹²⁸ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹²⁹ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

¹³⁰ “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.”

¹³¹ “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

¹³² “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹³³ “Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.”

*Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer*¹³⁴.

2.5.2 Estándares establecidos por los órganos de protección del Sistema Interamericano de derechos humanos en relación al principio de igualdad y no discriminación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al desarrollar en su jurisprudencia una serie de estándares mínimos en relación con el *principio de igualdad y no discriminación*, parte de la consideración de que *la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley* son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos; de manera tal, que la igualdad y la no discriminación constituyen dos elementos consustanciales de un mismo principio que no pueden desligarse.¹³⁵

De acuerdo con la Comisión Interamericana de derechos Humanos, en virtud de este principio, *las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, u otras condiciones personales o sociales, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.*¹³⁶

Este principio impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos.¹³⁷

¹³⁴ Artículo 4. *Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:*

f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; (...)

j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 6. *El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:*

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación. y*
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.*

A fin de garantizar este derecho, el Artículo 8 de esta Convención consagra el deber del Estado de adoptar progresivamente medidas para *“b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer;”*, para lo cual, de acuerdo con el Artículo 9, deberá tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad que puede sufrir la mujer en razón de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, de embarazo, discapacidad, minoría de edad, ancianidad, privación de la libertad, así como de una situación socioeconómica desfavorable o de conflicto armado.

¹³⁵ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 83; Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* n. 116, párr. 54; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Escrito presentado ante la CrIDH en calidad de *amici curiae* en la Opinión Consultiva OC-18/03.

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *supra* n. 135.

¹³⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 100.

A partir de estos planteamientos básicos, los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado ciertos criterios fundamentales en relación con este principio¹³⁸.

- **Relación entre el principio de igualdad y la dignidad humana**

En diversas opiniones consultivas, la Corte Interamericana se ha referido a la igualdad como un atributo inherente a la dignidad de la persona humana.

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursores en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”¹³⁹

Este principio ha sido reafirmado por la Corte, al referirse a ciertas distinciones que no constituyen discriminación en tanto no menoscaban la dignidad humana:

*“(…) no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.*¹⁴⁰

- **El principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens***

De acuerdo con la Corte Interamericana, el principio de igualdad y no discriminación, en tanto posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno, constituye un principio imperativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁴¹

¹³⁸ Para la construcción de este esquema hemos tomado como referencia la publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano*, Gaceta CEJIL.

¹³⁹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17, párr. 45; y Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* n. 116, párr. 55.

¹⁴⁰ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 89 y Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* n. 116.

¹⁴¹ Corte I.D.H., Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 185.

Debido a ello, este principio es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea o no parte en un determinado tratado internacional, y genera efectos frente a terceros, aún cuando se trate de particulares.¹⁴² A partir de estas consideraciones, la Corte Interamericana ha manifestado que:

“(…) El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”¹⁴³

- El principio de igualdad ante la ley consagrado en el Artículo 24 de la Convención Americana

A través de la cláusula de igualdad ante la ley estipulada en el artículo 24, la Convención Americana extiende la protección de no discriminación a los derechos protegidos en el orden interno de los Estados, de manera que estos deben eliminar toda disposición discriminatoria contenida en su legislación interna. En este sentido, ha expresado la Corte que:

“El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.”¹⁴⁴

¹⁴² Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 100.

¹⁴³ Corte I.D.H., *Ibíd.*, párr. 101 y Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 110.

¹⁴⁴ Corte I.D.H., Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 186.

- Distinciones de tratamiento no discriminatorias

La Corte Interamericana generó un gran avance en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, al reconocer que frente a algunas situaciones particulares es necesario adoptar medidas diferenciadas a fin de garantizar la igualdad.

En este sentido, tanto la Corte como la Comisión han afirmado que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, pues existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, de manera legítima. La Corte observó en este sentido, que partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esta 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.¹⁴⁵

Partiendo de estas consideraciones, la Corte ha precisado que los términos *distinción* y *discriminación* conllevan diversos significados. El primero, se refiere a diferenciaciones admisibles, en tanto razonables, proporcionales y objetivas; y el segundo, hace referencia a situaciones inadmisibles, a *toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable*, y que en esta medida, vaya en detrimento de los derechos humanos.¹⁴⁶

Respecto a la necesidad de adoptar medidas de compensación, frente a situaciones de desigualdad real ante los tribunales, la Corte ha precisado que:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz

¹⁴⁵ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* n. 116, párr. 56-58.

¹⁴⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 84.

de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”¹⁴⁷

- Otros estándares en relación al principio de igualdad

La Corte Interamericana ha resaltado en su jurisprudencia, la importancia del principio de igualdad y no discriminación para garantizar la democracia. En este sentido, el Tribunal afirmó que:

“Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.”

“El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.”¹⁴⁸

De otra parte, en relación al derecho a la no discriminación de la mujer, en su informe de 1998 acerca de la Condición de la Mujer en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó el alcance de la expresión “discriminación contra la mujer” contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. En términos de la Comisión, esta expresión se refiere a:

“(…) 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 (…)”

De acuerdo con la Comisión, la definición comprende toda diferencia de tratamiento por razón de sexo que de manera intencional o no intencional, ponga a la mujer en desventaja; impida el reconocimiento, por toda la sociedad, de los derechos de la mujer en las esferas públicas y privadas; o impida que la mujer ejerza sus derechos.

¹⁴⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* n. 12, párr. 119.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 198 y 199.

En este sentido, la Comisión recalca la importancia del artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, de acuerdo con el cual, los Estados partes deben adoptar e implementar “por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”, que incluye el deber de “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”, así como el deber de adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, “para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.¹⁴⁹

Por otra parte, en la opinión consultiva OC-18/03 relativa a la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó su criterio frente a la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas con carácter *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.

En relación a este tema, la Corte sentó tres criterios fundamentales:

*“Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.”*¹⁵⁰

*“La calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral.”*¹⁵¹

*“Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos.”*¹⁵²

¹⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de la mujer en las Américas*. 1998.

¹⁵⁰ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 172.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 134.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 119.

De otra parte, en relación a los desplazados internos, la Corte recalcó en la sentencia sobre el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, su derecho a disfrutar *en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país*.¹⁵³

En relación al *derecho de las comunidades indígenas a participar democráticamente en términos de igualdad*, en su sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por desconocer el derecho de la comunidad indígena “Yatama” al ejercicio de sus derechos políticos en condiciones de igualdad material. En este caso, la Corte reiteró al Estado su obligación de adoptar medidas dirigidas a garantizar a los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas, su derecho a participar democráticamente en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres.¹⁵⁴

Por otra parte, la Corte ha señalado en relación al ejercicio del derecho a la nacionalidad en condiciones de igualdad y no discriminación que *“el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”*.¹⁵⁵

A fin de garantizar la *reparación y el restablecimiento de las víctimas en casos en que ha sido declarada la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la igualdad*, la Corte Interamericana ha decretado ciertas medidas de reparación tendientes a asegurar el respeto y garantía de este derecho al interior de los Estados.

Entre ellas se encuentran la implementación de programas para la formación y capacitación de los funcionarios estatales en derechos humanos, con énfasis especial en el principio de igualdad y no discriminación, en los cuales se les instruya sobre la especial situación de debilidad o vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación.¹⁵⁶

De igual manera, la Corte ha impuesto medidas de reparación tendientes a garantizar la participación democrática de los pueblos indígenas en términos de

¹⁵³ Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 111, punto 1.1.

¹⁵⁴ Corte I.D.H., Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 259.

¹⁵⁵ Corte I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico, *supra* n. 33, párr. 141.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 242.

igualdad material. Entre ellas se encuentra la adecuación de las leyes electorales a fin de que éstas no constituyan un obstáculo a su participación política y la adopción de todas las medidas necesarias para que los integrantes de estas comunidades puedan participar efectivamente en los procesos electorales tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, entre ellas, el establecimiento de requisitos que permitan y fomenten que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades.¹⁵⁷

2.5.3 Obligaciones y Responsabilidad Internacional de los Estados en relación al principio de igualdad y no discriminación en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha reconocido un vínculo indisoluble entre las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. De acuerdo con ello, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende *“directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”*.¹⁵⁸ En este sentido, la Corte ha determinado que:

*“(…) Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.”*¹⁵⁹

De acuerdo con la Corte, de esta obligación general de respetar y garantizar los derechos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas:

¹⁵⁷ Corte I.D.H., Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 259.

¹⁵⁸ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 100.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 85 y 96.

“En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.”¹⁶⁰

De igual manera,

“(…) los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.”¹⁶¹

Esto ha sido ratificado en sus más recientes pronunciamientos, al afirmar que:

“los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.”¹⁶²

De esta manera es claro que, bajo el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los Estados están obligados a *no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.*¹⁶³

Lo anterior implica que todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados, tal como lo ha expresado la Corte:

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 88, 102 y 103.

¹⁶¹ *Ibíd.*, párr. 104 y 105.

¹⁶² Corte I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico, *supra* n. 33, párr. 141.

¹⁶³ Corte I.D.H., Caso Yatama, *supra* n. 56, párr. 185.

“ (...) El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.”¹⁶⁴

Esta responsabilidad:

“ (...) es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹⁶⁵

Ello con fundamento en que:

“Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del jus cogens, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 85.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 106.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 110.

3. PROCESO DE FORMACION Y CONSOLIDACION DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dentro del contexto de la I Guerra Mundial, la noción de discriminación se aplica mayoritariamente a la situación que se vive al interior de los nuevos Estados nacionales por las minorías raciales y religiosas, que necesitan una protección antidiscriminatoria que salvaguarde sus derechos. Posteriormente, finalizada la II Guerra Mundial, el problema adquiere gran relevancia jurídica por las consecuencias que dejaron las políticas fascistas y nazistas que originaron la contienda.

Es claro que el principio de igualdad y no discriminación, presupone un trato diferenciado para ciertos grupos en desventaja, sin que este trato implique discriminación por sí mismo, por supuesto, siempre y cuando, el mismo tenga una justificación objetiva y razonable. Este tratamiento constituye lo que de ahora en adelante se llamará Acción Afirmativa o Acción Positiva y que se estudiará desde su nacimiento, frente al Derecho comparado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en adelante (DIHD).

Se iniciará pues, con el estudio del nacimiento, delimitación y clasificación del concepto y se realizará un análisis de derecho comparado frente a los sistemas jurídicos pioneros en la materia, análisis que se centrará en dos tópicos, primero frente a la normatividad que contempla las acciones afirmativas y segundo frente a los principales pronunciamientos de los Tribunales de Revisión Constitucional de los mismos. Acto seguido se realizará el mismo estudio frente al desarrollo jurídico de la institución en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y los sistemas regionales Europeo e Interamericano y se finalizará realizando el mismo análisis frente al caso colombiano.

El término Acción Afirmativa, encuentra diversas definiciones conceptuales ya sea en el ámbito del derecho interno, como en el ámbito del derecho internacional; sin embargo no existe ni en uno ni en otro una definición legal de aceptación general.

3.1 CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA

Es necesario, para iniciar el estudio de la Acción Afirmativa, intentar una delimitación conceptual que se centrará principalmente en lo consagrado en el ámbito internacional, tanto en los principales instrumentos internacionales, como en los principales pronunciamientos de los órganos de supervisión de Naciones

Unidas toda vez que el problema jurídico manejado en la presente investigación corresponde a dicha esfera.

Para iniciar se tomará como referencia el Informe presentado por Sr. Marc Bossuyt¹⁶⁷, Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en donde se lee que:

*"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."*¹⁶⁸

La acción afirmativa puede desarrollarse tanto por el sector público así como por el sector privado; 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 desventaja¹⁶⁹. Estas características por lo general son innatas e inalienables, como el género, el color de la piel, la nacionalidad o la pertenencia a una minoría étnica, religiosa o lingüística, pero ello no quiere decir que necesariamente tiene que ser siempre así, también pueden estar dirigidas a diversos sectores como los inmigrantes, los discapacitados, ex combatientes, los pobres y determinadas minorías.

Al respecto la Corte Constitucional Colombiana manifiesta que:

"Las acciones afirmativas deben ser entendidas como políticas o medidas orientadas a reducir y eliminar las desigualdades de tipo social, cultural o económico de aquellas personas o grupos de personas que tradicionalmente han sido discriminadas. Son pues, instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez".¹⁷⁰

3.2 CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Delimitado el concepto de la acción afirmativa es necesario resaltar que éstas no se deben considerar de una manera genérica, pues son de muy diversa índole. Su variación depende de los métodos que se utilicen frente al contexto para lograr los fines específicos de igualdad propuestos. La Clasificación que a continuación

¹⁶⁷ Bossuyt, Marck. Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. El Concepto y la Práctica de la Acción Afirmativa. R/1998/5.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 6.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 8.

¹⁷⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-500 de 2002. Magistrado Ponente Montealegre Lynett.

se presenta es la acogida por los principales doctrinantes de Derecho Internacional.¹⁷¹

3.2.1. Movilización Afirmativa

Si bien su fin es la consecución de la igualdad de hecho, esta medida parte del supuesto de que este resultado no se conseguirá debido a que los grupos discriminados se han encontrado y se encuentran, imposibilitados en el acceso de formación para competir en términos de igualdad por los bienes sociales. Por medio de la implementación de esta clase de medidas se anima y sensibiliza a determinados grupos para que soliciten un bien social en el que no se encuentren suficientemente representados, como un empleo o una plaza en un centro de enseñanza¹⁷².

Una forma de conseguirlo son los anuncios en que se garantice que se llegue al grupo deseado¹⁷³. Por tanto, la movilización afirmativa conseguirá que los desfavorecidos puedan competir gracias a actividades correctivas como la formación profesional, la divulgación y otros programas de formación o potenciación.

3.2.2. Equidad Afirmativa

Parte de la realización de un examen en torno a un grupo determinado frente a la atribución de los bienes sociales, por ejemplo, vacantes en cargos o universidades públicas. Se busca determinar si el juicio para el acceso a los bienes se ha realizado con fundamento en los méritos individuales, o si el racismo o el sexismo han sido determinantes en el proceso de evaluación. Como finalidad se pretende que en el proceso de adopción de decisiones las personas sean tratadas conforme a sus méritos personales y no como miembros de determinados grupos. Tiene como medios el establecimiento de procedimientos de queja o denuncias para eventos de discriminación, intencionales o no.

¹⁷¹Se toma como referente principal para realizar la Clasificación la propuesta por el Relator especial de la Subcomisión de Derechos Humanos, Sr Marck Bossuyt, en su informe final El Concepto y la Práctica de la Acción Afirmativa.

¹⁷²Sheridan, Alison. "Patterns in the policies: Affirmative action in Australia", Women in Management Review, 1998, págs. 243 a 252; en donde 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.

¹⁷³Bossuyt cita en su informe como ejemplos de esta categoría establecimiento de programas de formación profesional que permitan el adiestramiento de miembros de las minorías para que puedan competir por empleos y ascensos o la búsqueda de 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 sensibilizarlos al respecto

Las clasificaciones propuestas se dirigen a la promoción de un grupo específico, pero no implican la discriminación contra quienes no forman parte de ese grupo. Por esto su implementación no genera polémica y sí un sentimiento de aceptación y bienestar social.

3.2.3. Preferencia Afirmativa

Según Bossuyt en este tipo de acción afirmativa impera *“la consideración del sexo o la raza de una persona en la concesión o denegación de un bien social”*¹⁷⁴. En la práctica pueden suceder dos situaciones: primera, al solicitar dos personas igualmente calificadas un bien social se le da preferencia a la persona que pertenece a un determinado grupo beneficiario de las medidas de acción afirmativa y, segundo, que se prohíba que miembros de otros grupos (diferentes a los beneficiarios) soliciten oportunidades frente a dicha adquisición.

Nos encontramos frente a medidas de esta categoría cuando se dan a los miembros de determinados grupos puntos adicionales en los concursos, se les aplican criterios menos exigentes para su evaluación, se les fijan porcentajes, directrices, objetivos, cupos o reservas oficiosas que establecen la proporción de los bienes sociales que han de recibir, con el fin de lograr representatividad dentro de una institución en un plazo definido con precisión. Tienen una intención afirmativa pero usan medios discriminatorios en la medida en que limitan la participación de un determinado grupo en una actividad.

La preferencia afirmativa es la forma más polémica de acción afirmativa y su implementación ha producido abundante jurisprudencia alrededor del mundo en materia de derechos humanos por cuanto genera otro tipo de diferenciación que suele confundirse con discriminación, consecuencia directa de la racionalización de los bienes sociales especialmente en materia salud, educación, trabajo y participación política, que son los ámbitos específicos en donde a través de la historia se han concentrado los prejuicios morales.

3.3. JUSTIFICACIÓN FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Una vez expuesto el concepto y la clasificación de la institución sometida a estudio, es necesario aclarar que su implementación, especialmente en el ámbito de lo público, genera siempre polémica, por lo que los Estados deben justificarla, no sólo ante la opinión pública, sino que es requisito *sine qua non* que los parámetros de la acción sean realmente constitucionales, con el fin de superar

¹⁷⁴Bossuyt, Marck, *Op. Cit, supra* n. 167, párr. 75.

rigurosos test de racionalidad que aplicará el operador judicial constitucional. A continuación se expondrán los lineamientos que soportan la justificación de las medidas adoptadas por los Estados para el establecimiento de la Acciones Afirmativas.¹⁷⁵

3.3.1. Enderezar o reparar injusticias históricas

Debido a la discriminación continua y permanente de determinados sectores en el pasado, sus descendientes se encuentran en la actualidad en una situación de desventaja. Por lo general se encuentra esta “injusticia histórica” en el ámbito educacional y laboral y principalmente sobre los sectores afrodescendientes. Ejemplos de acciones positivas encaminadas a reparar estas injusticias históricas las encontramos en las órdenes ejecutivas dictadas por los presidentes de Estados Unidos, Kennedy y Johnson, que se estudiarán más adelante.

3.3.2. Reparar la discriminación social - estructural

La 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 desfavorecidos¹⁷⁶.

Esta clase de discriminación se esconde tras una aparente igualdad formal, que no es suficiente para enfrentar las prácticas sociales discriminatorias, siendo conocida también como discriminación indirecta. Sus efectos nocivos se evidencian independientemente de la intención subjetiva del sujeto activo, así aquel puede esconder deliberadamente sus verdaderos fines detrás de criterios objetivos o puede en realidad, proceder de buena fe¹⁷⁷.

3.3.3. Crear diversidad o una representación proporcional de los grupos

En la actualidad existe un grupo de doctrinantes llamados “teóricos de la raza críticos”¹⁷⁸ quienes propugnan por la diversidad en los centros educacionales y laborales como un componente necesario de toda sociedad justa, ya que es una

¹⁷⁵Teniendo en cuenta las justificaciones esbozadas por el ya citado informe del Relator especial Sr. Marck Bossuyt.

¹⁷⁶Bossuyt, Marck, *Op. Cit, Supra* n. 167, párr. 19.

¹⁷⁷Bossuyt expone como ejemplo la exigencia de una altura mínima, que puede ser una desventaja para las mujeres o los asiáticos y un requisito de empleo injustificable si no se tiene una necesidad objetiva.

¹⁷⁸“Critical race theorists”, entre ellos los profesores T. L. Banks “*Equality, affirmative action and diversity in the United States*”, y C. R. Lawrence y M. J. Matsuda “*We Won’t Go Back: Making the Case for Affirmative Action*”

fiel radiografía de la sociedad en general, promueve un sentido de comunidad más representativo y es un medio más apropiado para conseguir una justicia compensatoria para las minorías.

Esta teoría fue la esbozada en el caso *Regents of the University vs Bakke*¹⁷⁹, donde el magistrado Powell argumentó la posibilidad de tomar la raza como criterio al adoptar decisiones de admisión a los entes de educación superior. El interés del sistema de cuotas establecido por la Universidad de California era contar con un alumnado diverso con el fin de aportar experiencias y enriquecer el proceso educacional.¹⁸⁰

Manifiestan tratadistas opositores¹⁸¹ que estas preferencias raciales son totalmente ineficaces y que constituyen un “doble rasero manifiesto”, además de que el verdadero problema se debe centrar en la calidad escolar de la escuela primaria y secundaria.

3.3.4. Obtener una utilidad social

Los doctrinantes que apoyan la adopción de acciones afirmativas por esta razón,¹⁸² manifiestan que la consecuencia directa de su implementación es benigna para la sociedad en general, *v.gr*, como resultados se obtienen mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales provenientes de estos grupos actúan sobre su problemática específica, se incrementa la participación de los miembros de estos grupos en distintos medios, poco a poco se lucha contra los estereotipos y prejuicios arraigados en muchas comunidades.

En contra se argumenta que esta forma de acción afirmativa es un riesgo para la calidad de los servicios ya que al no tener en cuenta las aptitudes profesionales sino la pertenencia a determinado grupo se disminuye la calidad en la prestación del servicio y se refuerzan los prejuicios que se intentan combatir.

¹⁷⁹ *Regents of the University vs Bakke* (483 U.S. 265, 1978). Este caso se estudiará con detenimiento en el acápite de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

¹⁸⁰ Sin embargo esta teoría ha sido impugnada por prácticas actuales. En el asunto *Hopwood vs Texas* (78 F 3d 932, 5th Cir 1996, cert denied, 135 L Ed 1094, 1997.) el Tribunal de Apelación Federal manifestó que el Gobierno no tiene ningún 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.

¹⁸¹ S. Thernstrom y A. Thernstrom, *"Racial preferences: what we now know"*, Commentary, 1999, págs. 44 a 50.

¹⁸² Tales como 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.

3.3.5. Evitar la agitación social

*"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"*¹⁸³

El nacimiento del derecho antidiscriminatorio en general y la acción afirmativa en particular tuvo su gestación en la tradición jurídica norteamericana debido a las presiones de movimientos afrodescendientes en el campo laboral.

Aún cuando en 1964 entró en vigor la Ley de Derechos Civiles y en 1965 la Ley de Derecho al voto y en teoría, en la sociedad norteamericana estaba prohibido hacer distinciones raciales, para la comunidad afrodescendiente la norma no tenía un alcance práctico. Esto conllevó a graves disturbios sociales, donde la clase política norteamericana entendió que no podía seguir ignorando la problemática racial que afrontaba la sociedad, coyuntura de donde derivarían acciones positivas¹⁸⁴ de las cuales fueron pioneros los presidentes Kennedy y Johnson.

En la actualidad se llevan a cabo programas especiales para zonas desfavorecidas y de preferencia de género en la Unión Europea, India y Nigeria, teniendo como fin la prevención de la agitación social¹⁸⁵.

3.3.6. Mayor eficiencia del sistema socioeconómico

Algunos economistas¹⁸⁶ 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 irracionales¹⁸⁷.

3.3.7. Un medio para construir Nación

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

¹⁸³Cita extraída de J. D. Skrentny, *"The Ironies of Affirmative Action"* Chicago, The University of Chicago Press, 1996, pág. 113.

¹⁸⁴Estas acciones positivas se encaminaron a incluir a los afrodescendientes en la fuerza laboral por medio de las Directivas Presidenciales No. 10925 y No 11246.

¹⁸⁵Bossuyt en su informe cita a 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"

¹⁸⁶Véase P. A. Samuelson, *Economics*, Nueva York, McGraw-Hill Book Company, 1970, págs. 780 a 794.

¹⁸⁷Bossuyt, Marck, *Op. cit.*, *Supra* n. 167, párr. 29.

ilustrado con muchos ejemplos. Esos Estados se hallan divididos por conflictos étnicos o se dieron cuenta de que varios grupos se habrán quedado rezagados¹⁸⁸.

3.3.8. Dilucidar el fin deseado, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados

El principal propósito de las acciones afirmativas es la consecución de una sociedad más igualitaria, el problema surge frente al concepto de igualdad que adopten los responsables de las políticas. Así cada programa afirmativo dependerá de la visión de justicia social que se tenga: si se busca igualdad de resultados se utilizarán métodos rígidos como la implantación de cupos o cuotas específicas para lograr el acceso de un grupo beneficiario a un determinado bien social escaso; o si se pretende igualdad de oportunidades se implementarán medios que insten por la depuración en los procesos de decisión por medio de la eliminación de consideraciones subjetivas basadas en categorías “sospechosas”, así no interesará el resultado, salvo para medir la efectividad de la medida.¹⁸⁹

La mayoría de los estados iniciaron con la implementación de políticas en pro de la igualdad de oportunidades, sin embargo, estas fueron sustituidas por políticas de igualdad de resultados, debido a la presión política o social¹⁹⁰. Con frecuencia se confunden los dos ideales y la legislación no aclara qué ideal de igualdad quiere que se persiga.

3.4. PRINCIPALES PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA

Atendiendo a la complejidad de las medidas de acción afirmativa, no sólo por las diferentes valoraciones del derecho a la igualdad, sino también por la dificultad que implican en la práctica, toda vez que el favorecimiento de algunos implica el desfavorecimiento de otros, es necesario abarcar, de manera breve, las principales polémicas que se crean en torno su aplicación.

¹⁸⁸ *Ibid.*, párr. 30.

¹⁸⁹ Este criterio es marcadamente individualista y se centra en garantizar la equidad para el individuo, por cuanto su visión de la sociedad respeta la eficiencia, el mérito y los logros.

¹⁹⁰ Véase, por ejemplo, acerca de la evolución de la acción afirmativa en Australia, D. McWhirter, “*The end of affirmative action, where do we go from here?*”, Nueva York, Birch Lane Press, 1996.

3.4.1. ¿Las Medidas de Acción Afirmativa generan discriminación?

*“Para superar el racismo primero tenemos que tener presente la raza”*¹⁹¹. Cuando se utiliza el término discriminación, sin lugar a dudas se hace referencia a una desigualdad injustificada, entendido como un perjuicio arbitrario causado a un individuo o grupo determinado. El choque de conceptos tiene como fundamento que la acción afirmativa se cifra en garantizar una igualdad plena teniendo en cuenta factores como la raza, el género, la nacionalidad y es precisamente la eliminación de estas categorías en el trato, el ideal de igualdad.

La Acción Afirmativa implica un trato diferenciado, pero que no debe confundirse con discriminación. En el ámbito internacional se nutre la confusión por cuanto en la consagración de los instrumentos internacionales se han utilizado indistintamente los términos:

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”*. El 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”*, mientras que las versiones francesa y española utilizan el término “distinción”.

Si bien no se desprende de la consagración en los Pactos, lo apropiado es entender que la discriminación está prohibida, pero la distinción es legítima si se usa para dar preferencia a sectores marginados y desplazados.

Sr Marck Bossuyt, propone que *“la discriminación se entienda dentro del marco de las diferencias arbitrarias e ilegales en el trato y la “distinción”, por otra parte, como un término neutral, que se utiliza cuando aún no se ha determinado si un trato diferencial puede o no estar justificado, por su parte la “diferenciación”, debe apuntar a una diferencia de trato que se considera legítima. Por consiguiente, no todas las diferencias de trato están prohibidas; sólo aquellas que desembocan en una discriminación. Esto suscita la pregunta de en qué momento el trato diferencial se vuelve inaceptable, o cuándo se puede justificar una distinción de cualquier tipo”*.¹⁹²

Así el problema para los tratadistas y los Tribunales Internacionales e internos, se basa en dilucidar los parámetros para determinar cuando un trato diferenciado constituye discriminación. En el caso *Belgian Linguistics*, el Tribunal Europeo

¹⁹¹ Este fue un famoso dicho del juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Sr. Blackmun, en el caso. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 1978.

¹⁹² Bossuyt, Marck, *Op. cit.*, *Supra* n. 167, párr. 98, en donde cita a C. Tomuschat, *“Equality and Non-Discrimination under the CCPR”*, en I. von Munch.

sostuvo que: *"se produce una violación del principio de igualdad si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable"*¹⁹³, siendo este uno de los principales lineamientos a nivel internacional y que ha servido de base para las elaboraciones de los Tribunales internos.

3.4.2. ¿Cuál es la manera de determinar qué grupos están lo suficientemente desfavorecidos para merecer un trato especial?

A nivel internacional se tiene que existen instrumentos específicos para proteger a determinados grupos, tales como las minorías raciales¹⁹⁴ y las mujeres¹⁹⁵, sin embargo este es un asunto que se somete a la discrecionalidad interna de cada país. Así, dependiendo de sus condiciones sociales y de su contexto específico, se creará una legislación que defina cuáles son los grupos que merecen un tratamiento especial.

Si bien por lo general para determinar los sujetos activos de la acción afirmativa se utilizan categorías como la raza o el género, es preciso, no sólo la pertenencia a estos grupos, sino la relación efectiva entre la descompensación actual y las discriminaciones pasadas y que la acción afirmativa sea un medio idóneo para combatirla.

3.4.3 ¿Quién se beneficia o desfavorece realmente por las políticas afirmativas?

Es preciso anotar que la teoría de clases no aplica uniformemente para toda la sociedad y se manifiesta también frente a la aplicación de las políticas de favor, encontrándose dos subgrupos "discriminados" frente a la aplicación de una acción afirmativa. Por una parte y frente al favorecimiento de las medidas se observan diferencias de clases al interior de los grupos determinados por categorías, es decir, hay unos subgrupos más beneficiados que otros, que son quienes se favorecen en mayor medida de las políticas positivas.¹⁹⁶

Pero esto tiene su contracara frente al grupo excluido de los bienes sociales *"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*

¹⁹³Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Belgian Linguistics, 23 de junio de 1968, Ser. A, pág. 34.

¹⁹⁴Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

¹⁹⁵Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹⁹⁶ Bossuyt en su informe cita como ejemplo que las mujeres blancas de clase media se benefician más que las de una clase inferior o de otro origen étnico, lo que traería como consecuencia la creación de otra minoría desfavorecida dentro del grupo discriminado.

*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.*¹⁹⁷

3.4.4 ¿Cómo se determina quien forma parte de un grupo beneficiario?

Bossuyt se pregunta ¿cuán "negro" debe ser alguien para ser considerado como tal y tener derecho a los beneficios de los programas de acción afirmativa?. Si bien en algunos casos la legislación interna define específicamente quienes tiene derecho a estos beneficios, sin lugar a duda es importante la imagen que el grupo tiene de sí mismo, de los integrantes que lo conforman y la imagen que la comunidad tiene del grupo. Sin embargo la Recomendación general N^o VIII el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁹⁸, es de especial interés pues afirmó que la identificación de una persona como miembro de un grupo, si nada justificaba lo contrario, se basaría en la propia identificación de la persona interesada. Ahora bien, frente a los grupos, es determinante no sólo realzar la categoría fundamental que los caracteriza, como la raza o el género, sino examinar las condiciones económicas y sociales para determinar quien tiene derecho al beneficio, dándole un matiz más individual a la acción afirmativa.

3.5. DESARROLLO DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA.

El uso del término "*acción afirmativa*" deriva del derecho norteamericano, a quien se debe la creación y evolución de políticas en este sentido, en principio en las áreas del empleo y la educación y posteriormente en las esferas del género, la raza, la religión, la seguridad social, entre otras.¹⁹⁹

¹⁹⁷Bossuyt, Marck, *Op. Cit, supra* n. 167, párr. 12 en donde se cita a G. Moens, G. Moens, *Affirmative Action, the New Discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, págs. 82 y 83.

¹⁹⁸ Recomendación Relativa a la Interpretación y la aplicación de los párr.s 1 y 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Véase HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), Part III.

¹⁹⁹El fundamento del análisis serán los autores M^a Ángeles Barrére, "*Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*", Madrid, 1997, Cuadernos Civitas y Enrique Alonso García, "*La interpretación de la Constitución*". Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984; quienes analizan los orígenes y evolución del Derecho Antidiscriminatorio y de la Acción Afirmativa, situándola en el marco de la tradición jurídica estadounidense.

La fundamentación jurídica del derecho antidiscriminatorio la encontramos en un primer momento en textos legales como la *Civil Rights Act of 1866* que consagró el derecho de todos los ciudadanos de celebrar contratos y exigir su ejecución, "...como lo disfrutaban los ciudadanos de raza blanca..."; la *Civil Rights Act of 1964*, que abogaba por la generalización del derecho al sufragio activo y combatía la segregación racial; la *Equal Employment Opportunity Act of 1972* que vino a cubrir el vacío relativo a minorías y mujeres dejado por la normativa precedente en materia de empleo; la *Civil Rights Act of 1991*; la *Equal Protection Clause* (Cláusula de Igual Protección) contenida en la *XIV Enmienda* y accionable ante la Administración, así como también la *XIII Enmienda* que prohibió la esclavitud y la *XV Enmienda* que prohibió la discriminación racial en el acceso al voto.

Sin embargo, el papel predominante lo ejerció la Corte Suprema de Estados Unidos al analizar la normativa y establecer los criterios para realizar el respectivo juicio de igualdad. La evolución creada por el operador judicial se centra principalmente en el desarrollo de mecanismos de control constitucional que garanticen el respeto a la XIV Enmienda²⁰⁰.

El término como tal encuentra sus orígenes en las potestades del ejecutivo, quien como consecuencia de la creciente presión que ejercían los nacientes grupos afrodescendientes discriminados frente al acceso al empleo, decidió dar nacimiento a un sistema de acceso al empleo público para las minorías raciales.

Franklin D. Roosevelt que ejerció la presidencia de 1933 a 1945 promulgó la Directiva 8802 que proscribía las políticas discriminatorias de contratación laboral en las empresas relacionadas con la defensa que mantuvieran contratos vigentes con el Gobierno Federal, esto debido a la presión ejercida por la Unión Comercial Negra, en cabeza de A. Philip Randolph.

Durante el gobierno de *Harry Truman*, que se estableció de 1945 a 1953, y una vez creado el "Comité Presidencial para el Cumplimiento de los Contratos" se requirió a la Oficina Federal para La Seguridad en el Empleo a "*actuar positiva y afirmativamente para poner en práctica una política antidiscriminatoria*".

En 1961, al asumir la presidencia *John F. Kennedy*, se expidió la Directiva Presidencial No. 10925, la cual creó un organismo que tenía como misión acabar con la discriminación laboral en el gobierno federal llamado "Comité Presidencial para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo", por medio del cual se exigió incluir en todos los contratos que suscribieran las entidades federales una cláusula

²⁰⁰"Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos"

especial en la que se utilizó el término acción afirmativa por primera vez: *“El contratista no discriminará contra ningún empleado o aspirante a un empleo en razón de raza, credo, color u origen nacional. El contratista emprenderá una acción afirmativa, para asegurar que los aspirantes puedan obtener empleo y los empleados sean tratados durante su labor, sin consideración a su raza, credo, color u origen nacional”*.

En 1965 bajo la presidencia de *Lyndon B. Johnson* se expidió la Directiva Presidencial 11246, la cual estableció que: *“Es política del Gobierno de Estados Unidos proporcionar igualdad de oportunidades para acceder a empleos federales para todas las personas calificadas, prohibir la discriminación en el empleo por razones de raza, credo, color u origen nacional, y promover la completa consecución de la igualdad de oportunidades en el empleo por medio de un positivo y continuo programa en todos los departamentos y agencias”*²⁰¹.

Richard M. Nixon expidió la Directiva 4 en la que se requería a todos los contratistas para desarrollar *“un aceptable programa de acción afirmativa”* incluyendo *“un análisis de áreas en las cuales el contratista presenta deficiencias en la utilización de grupos minoritarios y mujeres, y promover tablas y metas a las cuales dirigir sus esfuerzos para corregir sus deficiencias”*. Los contratistas por otra parte fueron instruidos para entender *“grupos minoritarios”*, como negros, indios, orientales e hispanoamericanos, y *“subutilización”* como: *“tener en un grado laboral un número menor de mujeres o de personas pertenecientes a minorías, a aquel que razonablemente se esperaría por sus capacidades”*.

En materia de constitucionalidad es necesario analizar la manera de interpretación del operador judicial norteamericano. Para analizar la exequibilidad de una norma, la Suprema Corte, tradicionalmente utilizó un método llamado *“test de la racionalidad”*, éste parte de la oposición a la anulación por parte del Juez de una norma dictada por un órgano representativo, por lo cual el juez constitucional en su tarea debe limitarse a declarar inconstitucional solo aquellas normas que resulten manifiestamente contrarias a la Constitución, en que sea evidente para todos la oposición entre Ley y Constitución²⁰².

Se encuentra entonces que en la práctica esta operación se traduce en una presunción de constitucionalidad de la ley. Así, la Suprema Corte se limitaba a buscar una relación entre la limitación al principio de igual protección y el fin pretendido con dicha limitación, y de existir racionalidad entre ambos, la norma era constitucional. Casi siempre se encontró por parte del Alto Tribunal esta racionalidad, lo que permitió que por años subsistieran en Estados Unidos leyes de segregación racial.

²⁰¹Posteriormente el mismo Jhonson realizó una modificación e introduce el sexo como motivo de discriminación.

²⁰²Alonso García, Enrique, *“La interpretación de la Constitución”*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. pág. 200. Madrid, 1984.

Por ejemplo, En el caso ***Plessy vs. Ferguson***²⁰³ la Corte respaldó la autoridad de los Estados para requerir la segregación racial en vagones de ferrocarril y otras instalaciones públicas y privadas, siempre que a los segregados se les acomodara en otro sitio “igual”. La conclusión de la mayoría fue que las leyes de segregación afectaban a blancos y negros por igual y no infligían un estigma de inferioridad a ninguna de las razas. Los estados podían resolver también, con apego a la razón, que esas leyes eran necesarias para fomentar la paz y el orden público²⁰⁴, esto dio lugar a la doctrina “*separados pero iguales*”, según la cual no se castigaban más que los casos más flagrantes de discriminación.

Sólo hasta 1938 en el caso ***United States vs Carolene Products Co***²⁰⁵ en donde se estudia la aplicación de sanciones y restricciones específicas a los estadounidenses de origen japonés, se estructura la génesis de un test de constitucionalidad más estricto. Esto a partir de una célebre nota de pie de página en la que Fiske Stone argumenta ante la Corte que las leyes basadas en “*el prejuicio contra minorías definidas y aisladas*” deberían ser sometidas a estricta revisión judicial. Si bien la Corte adujo la necesidad militar para mantener estas restricciones, el magistrado Hugo L. Black recalcó ante la mayoría que “*todas las restricciones jurídicas que coartan los derechos civiles de un solo grupo racial son sospechosas de inmediato*”.

En dicha nota se hace mención a la menor operatividad de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación parece contravenir algún derecho constitucional, como las contenidas en las diez primeras enmiendas.

Se estructuran entonces categorías de “*escrutinios*” para realizar el respectivo análisis de constitucionalidad de una norma. De una parte se tiene que se crean las llamadas “*categorías sospechosas*” y establece la Corte que cuando se está frente a una de ellas, es decir, a una clasificación basada en el prejuicio se debe aplicar el llamado “*escrutinio estricto*”, así la motivación para realizar la diferenciación debe encontrar sustento en un interés y una necesidad primordial de tal magnitud que justifique la limitación de un derecho constitucional fundamental. Este escrutinio se aplica a asuntos relacionados con la raza y con extranjeros.

De otra parte el Tribunal aplica el “*escrutinio intermedio*” a asuntos relacionados con el sexo, hijos ilegítimos y minorías religiosas. En él se mira un interés no tan

²⁰³Corte Suprema de Estados Unidos de América, *Plessy vs. Ferguson*, (163 U.S. 537) 1896.

²⁰⁴Ascenso y caída de las leyes sobre la segregación. Temas de la Democracia, centro de información y referencia. Embajada de los Estados Unidos en Bolivia.

²⁰⁵Corte Suprema de Estados Unidos de América, *United States v. Carolene Products, Co.* (304 US 144, 152 n. 4) 1938.

significativo que revista el carácter de fundamental, pero tampoco cualquier interés es válido para justificar la diferenciación, debe ser un interés importante.

Durante la II guerra mundial, por medio de la orden ejecutiva 9066 se forzó a los americano- japoneses a moverse a campos de relocalización, excluyendo a ciudadanos de descendencia japonesa de las áreas que eran juzgadas críticas para la defensa nacional y potencialmente vulnerables de espionaje.

Esta situación fue sometida a revisión de constitucionalidad en el caso ***Korematsu Vs. United States***²⁰⁶, en donde la Corte Suprema resuelve el siguiente problema jurídico ¿El presidente y el congreso de los Estados Unidos fueron más allá de sus facultades al implementar prácticas restrictivas de los derechos sobre los descendientes japoneses?. En una decisión 6-3, la Corte decidió que esta práctica era constitucional con fundamento en las necesidades de seguridad del Estado en tiempos de guerra, sin embargo es significativa en cuanto por primera vez se habla de “categorías sospechosas” atendiendo a la implementación de medidas desfavorables para ciertos ciudadanos con fundamento en su origen racial.

Las políticas en materia de igualdad se extienden al ámbito de la educación superior, estableciéndose sistemas de cuotas para el ingreso a las instituciones públicas. Estas políticas son sometidas a estudio de constitucionalidad, siendo el caso ***Bakke Vs. University of California Regents***²⁰⁷ uno de los primeros analizados en la materia.

La Universidad de California comenzó a implementar un programa especial para contemplar la admisión de personas pertenecientes a grupos “desventajados económica o educacionalmente” o minorías raciales, programa que era dirigido por un Comité especial al cual se remitían aquellos postulantes que afirmaban querer ser considerados como miembros de tales grupos.

Allan Bakke, un joven postulante de raza blanca, solicitó el ingreso en los años 1973 y 1974. En ninguno fue admitido, pero los admitidos por medio del Programa Especial habían obtenido puntajes generales considerablemente inferiores a los de Bakke.

Allan Bakke, luego de dos frustrados intentos de ingreso, alegó ante la Corte Suprema de Justicia que el Programa de Admisiones Especiales operaba excluyéndolo a él sobre la base de su raza, violando de esta manera sus derechos frente a la Enmienda 14 de la Constitución Nacional y el Título VI del Acta de los Derechos Civiles de 1964.

²⁰⁶Corte Suprema de Estados Unidos, *Korematsu Vs. United States*, (323 US 214) 1944.

²⁰⁷Corte Suprema de Estados Unidos, *Bakke Vs. University of California Regents*, (438 US 265) 1978.

La Corte Superior de California, en un dictamen de 5-4, consideró ilegal el Programa de Admisiones Especiales y solicitó la admisión de Bakke. Sin embargo es de resaltar el pronunciamiento del juez Powell, quien concordó con Bakke que el programa funcionaba como un “sistema de cupos raciales” y que por tanto era un sistema basado en una clasificación racial o étnica. En primer lugar, porque al existir un programa que designaba la admisión de 16 de los 100 integrantes, se le estaba impidiendo a los que se consideraban étnicamente o racialmente desfavorecidos participar por una de las 84 restantes vacantes. En segundo lugar, porque los postulantes blancos como Bakke estaban siendo discriminados en su posibilidad de acceso a 16 de las 100 vacantes estipuladas. Finalmente Bakke obtiene la plaza, pero los programas especiales se siguen considerando lícitos siempre que sean más flexibles, basados en argumentos varios y no impongan cuotas raciales.

El mencionado fallo de la Corte inauguró una nueva etapa en la discusión sobre las políticas de acción afirmativa. El Juez Powell afirmó en su resolución que *“incrementar la diversidad racial de las aulas era un interés del Estado y que un programa único que otorgara puntos extras a candidatos provenientes de las minorías, resultaba conveniente”*. Sin embargo, para este juez, colocarlos en programas separados violaba la constitución de los Estados Unidos²⁰⁸.

Hacia el año 1979 se sometió a estudio de la Corte Suprema el caso *Steelworkers v. Weber*²⁰⁹ en donde se estudia la legalidad de un programa que establecía una cuota del 50% de las plazas de formación para afrodescendientes en una planta industrial. La Corte aceptó el programa de acción afirmativa, debido a que llevaba a cabo el programa un empleador privado, estaba destinado a las categorías de puestos que tradicionalmente habían sido segregadas y los trabajadores no pertenecientes a esta minoría aún contaban con el 50% de las plazas disponibles, siempre y cuando se asegurara la temporalidad de la medida.

Posteriormente y como producto de la aplicación del escrutinio riguroso, ya estudiado, el Tribunal Supremo rechaza programas de acción afirmativa en casos como *Firefighters vs. Stotts*²¹⁰ y *Wygant v. Jackson Board of Education*²¹¹ en donde se analizaba el despido de trabajadores blancos con más antigüedad que sus colegas afroamericanos para dejar vacantes para el empleo de mujeres o minorías y el caso *City of Richmond v. Croson*²¹² en donde la norma suponía

²⁰⁸Silvina Cimolai. Acción afirmativa en el ingreso a las Universidades Norteamericanas. Principios de justicia y relaciones de poder en los fundamentos del caso *Universidad de California vs. Allan Bakke*. Marzo 2002

²⁰⁹Corte Suprema de Estados Unidos, *Steelworkers v. Weber*, (443 U.S. 193) 1979.

²¹⁰Corte Suprema de Estados Unidos, *Firefighters vs. Stotts*, (467 U.S. 561) 1984.

²¹¹Corte Suprema de Estados Unidos, *Wygant v. Jackson Board of Education*, (476 U.S. 267) 1986.

²¹²Corte Suprema de Estados Unidos, *City of Richmond v. Croson*, (488 U.S. 469) 1989.

que el 30% de los contratos de la ciudad debían reservarse para los negocios que eran propiedad de minorías.

La Corte Suprema sólo se ha pronunciado una vez frente a un caso de acción afirmativa a favor de las mujeres. En ***Johnson v. Transportation Agency***²¹³ se cuestiona la promoción de una candidata mujer que, habiendo quedado en un puesto ligeramente inferior a un candidato hombre, es seleccionada al amparo de un plan de acción positiva (no de cuotas) que buscaba aumentar la representación de las mujeres en determinadas áreas.

El Tribunal encontró justificada la toma en consideración del factor sexo dado el profundo desequilibrio existente entre ambos colectivos, así como por la necesidad de alentar a las mujeres a ocupar puestos no tradicionales. Es de resaltar en este caso la gran influencia que tuvo en la política de acción positiva e igualdad en Europa.

Por último se analizará el caso estudiado por la Corte Suprema en 1995 llamado ***Adarand Constructors v. Peña***²¹⁴. Esta demanda fue interpuesta por la empresa Adarand Constructors, que a pesar de haber sido el mejor postor, perdió un contrato que se adjudicó a una empresa de construcción que era propiedad de hispanos, con fundamento en un estatuto federal que prescribía que el 10% de los contratos de obras públicas debían reservarse para las minorías.

La Corte ratificó que los planes de acción afirmativa creados por el Gobierno federal debían estar a la altura de la prueba del escrutinio riguroso. Tenía que existir un objetivo convincente y debían estar perfectamente diseñado para responder a él. La Corte se mantuvo en su precedente frente a los programas de acción afirmativa pero endureció el juicio de igualdad frente a las diferenciaciones basadas en la raza, estableciendo tres proposiciones relativas a los programas basados en la raza: i) escepticismo: las preferencias basadas en criterios raciales o étnicos debían recibir necesariamente un examen muy a fondo; ii) coherencia: la calidad del examen no debía depender de la raza de las personas perjudicadas o beneficiadas por el plan; iii) congruencia: el análisis sobre igual protección debía ser el mismo tanto si se tratara del Estado como del Gobierno federal²¹⁵.

²¹³Corte Suprema de Estados Unidos, *Johnson v. Transportation Agency* , (480 U.S. 616) 1987 .

²¹⁴Corte Suprema de Estados Unidos, *Adarand Constructors v. Peña* , (115 St. Ct. 2097) 1995.

²¹⁵Citado por el Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Sr. Marck Bossuyt en su informe "El Concepto y la Práctica de la Acción Afirmativa".

3.6. DESARROLLO DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL DERECHO EUROPEO. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA²¹⁶

Con marcada influencia del derecho norteamericano, se gesta en Europa normatividad y jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad y a la implementación de acciones afirmativas como medios para garantizar aquel derecho. Las principales diferencias que existen entre los dos sistemas es que en el derecho europeo el objeto fundamental de las acciones positivas es el género y se concentra específicamente en el mercado laboral²¹⁷.

3.6.1 Principal Normativa Comunitaria²¹⁸

El artículo 23 de La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea²¹⁹, reconocido como “*cláusula antidiscriminatoria*”, es aplicable de manera general a todos los ámbitos y reconoce la igualdad entre hombres y mujeres como principio fundamental, además de posibilitar la adopción de medidas positivas.

El Derecho a la Igualdad dentro del Marco de la Unión Europea parte del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Así se ha establecido desde el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la entonces Comunidad Económica Europea, en donde se expresaba el deber específico de garante de cada Estado frente a la aplicación del “*principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*”.²²⁰ El artículo 141 del Tratado de Amsterdam²²¹ amplió el principio de no discriminación.²²²

²¹⁶Para realizar el análisis de la normativa y jurisprudencia en el ámbito comunitario, se tomará como referencia a la Profesora M^a Angeles Barrère Unzueta, Normativa Básica En El Ámbito Internacional, Comunitario, Estatal Y Autonómico.

²¹⁷Barrère Unzueta, M^a Ángeles. “*Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*”, Madrid: Cuadernos Cívitas, 1997.

²¹⁸El Derecho Comunitario se nutre principalmente de normativa vinculante y no vinculante. La primera, caracterizada por ser de obligatorio cumplimiento para los Estados, se compone por los Tratados, Reglamentos, Directivas y Decisiones; la segunda, también llamada *soft law*, está conformado por las Recomendaciones, Resoluciones, los Programas de Acción para la igualdad de oportunidades y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Tratado de Niza en diciembre, en donde se plasman los principios fundamentales reconocidos por los Estados de la Unión Europea.

²¹⁹Art. 23 CE: “*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.*”

²²⁰Tratado de Roma de 1957, Art. 119. “*Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o el sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.*”

²²¹Que corresponde al artículo 119 del Tratado de Roma y que modifica y sustituye el Tratado De Maastricht: Tratado de Amsterdam, Art. 141: 1. *Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.* 2. *Se*

Si bien, los artículos reseñados corresponden al desarrollo del principio de Igualdad, es necesario resaltar los avances y novedades que se incorporaron en el Tratado de Amsterdam (art.141), a saber: se incluye por primera vez al derecho originario de la Comunidad la mención al principio de igualdad de oportunidades (Numeral 3); se atribuye al Consejo la garantía de su aplicación en los asuntos de empleo y ocupación y se brinda una base legal a la adopción de acciones afirmativas o positivas (Numeral 4).

El Tratadista Javier Balza Aguilera,²²³ realiza importantes acotaciones sobre el avance que en materia de acciones positivas generó la Incorporación del Tratado de Amsterdam y que él mismo define como las “Cuatro Reglas”. El autor expone la Insuficiencia e Ineficacia de Normas Jurídicas que tengan como fin eliminar las desigualdades, lo que hace necesario y obligatorio la intervención de la acción positiva con el fin de compensar los efectos dañinos de los prejuicios culturales. Sin embargo, antes de aplicar una acción afirmativa es necesaria la previa constatación de una quiebra al principio de igualdad de trato. Afirma Balza que el rol de la sociedad civil es fundamental, toda vez que el Tratado no impone obligaciones a los Estados de adoptar tales acciones y su aplicación es inherente a la voluntad de los mismos, además de que se constituye como una excepción aplicable al momento del rompimiento del principio de igualdad, lo que la dota de una naturaleza limitada.

En materia de normativa vinculante el pionero al tratar el Derecho Antidiscriminatorio y las acciones positivas fue el Consejo de Europa.²²⁴ Al Interior

entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. 3. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. 4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 5. 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.

²²³Balza Aguilera, Javier (1999): "Marco Jurídico: Procedimientos de aplicabilidad en relación con la acción positiva", Il Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva, Tomo I, Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

²²⁴Este es un organismo internacional, de vocación europea, que se caracteriza por ser el forum intergubernamental y parlamentario más importante del continente. Actualmente engloba 46 países y tiene 5 Estados como observadores. Siguiendo su estatuto, tiene por finalidad la defensa de los derechos humanos, la garantía del Estado de Derecho y la potencialización de la identidad Europea entre todos los ciudadanos del Continente. Es preciso diferenciar el Consejo de Europa del Consejo de la Unión Europea que representa a los gobiernos los Estados miembros, quienes en su seno legislan para la Unión, establecen sus objetivos políticos, coordinan sus políticas nacionales y resuelven las diferencias existentes entre ellos y con otras instituciones.

de este Consejo se firma, el 4 de noviembre de 1950, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²²⁵ y al que le siguen doce Protocolos.

El Consejo De Europa se pronuncia por medio de Directivas, que han sido la plataforma de impulso en la lucha por la igualdad, la no discriminación y es la base y determinante de programas y políticas de acción afirmativa al interior de los Estados, políticas estas que llegan a conocimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para revisión de compatibilidad con los Tratados de donde se desprende que el desarrollo del derecho antidiscriminatorio también se ha dado por vía jurisprudencial.

Así, veremos inicialmente las principales Directivas en materia de igualdad y posteriormente la principal jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o Tribunal de Luxemburgo.

3.6.2 Principales Directivas Del Consejo De Europa

Con la Consagración del artículo 119 del Tratado de Roma fueron dictadas una serie de Directivas relativas a la discriminación de las mujeres, todas caracterizadas por la manera en la que se formula el principio de igualdad, como igualdad en la retribución, igualdad en el trato y más adelante como “eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo”²²⁶ y como “ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”²²⁷.

Las primeras Directivas se centran en el principio de igualdad de retribución.²²⁸ Las Directivas posteriores tienen como ejes temáticos principales la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación al empleo y seguridad social²²⁹ y la protección trato igualitario de la mujer embarazada y lactante dentro del campo laboral²³⁰.

²²⁵El aspecto determinante de este Convenio radica en la atribución de la protección de los derechos y libertades fundamentales a una Comisión y a un Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²²⁶Directiva 75/117/CEE

²²⁷Directivas 6/207/CEE; 79/7/CEE y 86/613/CEE.

²²⁸Como la Directiva del Consejo 75/117/CEE del 10 de Febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

²²⁹Vb, Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 86/378/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social

²³⁰Como las siguientes, Directiva 86/613/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada,

El artículo 2 de la *Directiva 76/207/CEE*,²³¹ relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, es fundamental para el presente estudio toda vez que define la igualdad de trato como ausencia de discriminación directa o indirecta, esboza el concepto de acción positiva, al punto que el debate sobre los límites de la acción positiva al interior del Tribunal de Luxemburgo se cierne sobre la interpretación que se le da a este artículo .

De igual manera es necesario rescatar los artículos 2²³² y 4²³³ de la *Directiva 97/80/CE* , relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, en donde se le impone, en los casos de discriminación, a la parte demandada la demostración de la ausencia de vulneración del principio de igualdad de trato. Su polémica expedición²³⁴ pone en práctica la política comunitaria de Acción Positiva.

Si bien, al igual que en las Directivas estudiadas se mantiene el concepto de igualdad de trato como ausencia de discriminación directa o indirecta se introduce un novedoso planteamiento frente a la definición de discriminación indirecta en un texto vinculante y frente a la carga de la prueba a la parte demandada cuando se debate la ausencia de aplicación del principio de igualdad.

que haya dado a luz o en período de lactancia, así como también la *Directiva 96/34/CE* del Consejo, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

²³¹El artículo 2, reza: “1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. 2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. 3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. 4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1. (subraya fuera de texto original).

²³²El Artículo 2, reza: 1. “A efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta. 2. A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

²³³El artículo 4, reza: Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (...). (subraya fuera de texto original)

²³⁴Debido a la oposición mantenida por el gobierno del Reino Unido al originario proyecto presentado por la Comisión en 1988

Desde el año 2000 el Consejo de Europa se ha pronunciado de manera significativa frente al tema de la igualdad. En la *Directiva 2000/43/CE*²³⁵ y la *Directiva 2000/78/CE*²³⁶ se encuentran novedades como el concepto de discriminación directa junto con el discriminación indirecta y el concepto de acción positiva, además de establecer el acoso como discriminación.

En la *Directiva 2002/73/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la ya citada *Directiva 76/207/CEE*, es de destacar la delimitación conceptual de los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio y la definición de acoso como discriminación. También se define expresamente la discriminación directa e indirecta y la acción positiva. Así, en el artículo 1, apartado 2 se prevé la sustitución del artículo 2 de la *Directiva* del 76 por este nuevo, en el que se dice: 2. *A efectos de la presente Directiva se entenderá por: -'discriminación directa': la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo, -'discriminación indirecta': la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.* Frente a la Acción Positiva se encuentra que en el mismo artículo 2, apartado 8, se hace una remisión al Tratado de Ámsterdam en los términos siguientes: *"Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres"*. Es de resaltar además, en esta *Directiva*, que se le da mayor alcance al principio de igualdad, expandiéndolo también al ámbito privado.²³⁷

3.6.3 Principal Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se encarga de comprobar la compatibilidad con los Tratados de los actos de las instituciones europeas y gobiernos, y de pronunciarse, a petición de un tribunal nacional, sobre la interpretación o validez de las disposiciones del Derecho comunitario. Las

²³⁵Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que "tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato".

²³⁶ Relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que "tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato".

²³⁷ Así se lee en el artículo 3.1: *"La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos..."*

sentencias del TJCE tienen carácter vinculante en los Estados miembros.²³⁸ El TJCE sólo ha estudiado cuatro casos en cuestiones de promoción laboral, todos ellos prejudiciales.

El primero de ellos, el caso ***Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen***,²³⁹ tuvo su génesis en Land Bremen (Alemania) debido a una ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública que determinaba que en la selección y provisión de puestos de trabajo y promoción, se daría preferencia a las mujeres, siempre que estuviesen igualmente capacitadas que los hombres e infrarrepresentadas en el sector laboral a que aspiraban.²⁴⁰

Sucedió entonces que el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann se encontraron aspirando al mismo puesto y advirtiéndose la infrarrepresentación del sexo femenino, la plaza le es adjudicada a la Sra. Glissmann. El Sr. Kalanke demanda ante el órgano jurisdiccional alemán la compatibilidad de esta ley con la Directiva 76/207, tomando como fundamento que él poseía una capacitación superior y que además el régimen de cuotas establecido por la Ley del Estado de Bremen era contrario a la Ley Fundamental que consagraba el principio de igualdad entre las personas y al artículo 611 del Código civil alemán.

El TJCE al fallar de fondo sobre el asunto precisó que primero en cuanto *“el apartado 4 del art. 2 [de la Directiva], en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente”*²⁴¹. Así, con esta clara consideración de la acción positiva como una *excepción a un derecho individual y, por consiguiente, merecedoras de interpretación restrictiva*, el Tribunal argumenta también que el sistema de Bremen viola el principio de oportunidades.²⁴²

²³⁸ Es preciso realizar una pequeña anotación frente al funcionamiento de este Tribunal, buscando como finalidad, entender a cabalidad el manejo dado a la problemática por el órgano colegiado. El TJCE, tiene como finalidad, entre otras, resolver cuestiones prejudiciales, entendidas como inquietudes planteadas por los Estados Nacionales sobre interpretación del Derecho Comunitario, a fin de aplicarlas a un caso concreto que se encuentra pendiente por resolución. Atendiendo a que el TJCE sólo es Tribunal de Derecho Comunitario no puede pronunciarse sobre la normativa estatal, aunque sea la aplicabilidad de estas normas el problema real en la mayoría de los casos, entonces se invierte la proposición y se pregunta si el Derecho Comunitario es compatible con una legislación estatal y no si el derecho estatal es compatible con el Derecho Comunitario. Las sentencias que profiere el TJCE son obligatorias para los Estados, pero meramente declarativas, es decir no anulan, per se, la normatividad estatal, aunque, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Superior la normatividad incompatible debe ser reformada y las autoridades pueden inaplicarla.

²³⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Sentencia de 17 de octubre de 1995.

²⁴⁰ Expresamente decía la ley: *“se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas”*.

²⁴¹ Doctrina recogida ya en la sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, caso *Johnson*.

²⁴² Dijo expresamente el Tribunal: *“un sistema de dicha naturaleza en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades”*

El caso Kalanke produjo polémica y diversos pronunciamientos institucionales y doctrinales, especialmente frente al tópico de la igualdad de oportunidades.

La Comisión Europea remitió al Parlamento y al Consejo una Comunicación "interpretativa" de la Sentencia Kalanke en la que sostenía que el fallo "sólo excluía la acción positiva que implicara "preferencia absoluta" de las candidatas mujeres, excluyendo toda posibilidad de ponderar otras circunstancias concurrentes". Es decir, el resto de acciones positivas, incluidos los sistemas de cuotas que incorporen una "cláusula de apertura" serían legales; además se recomienda la modificación "interpretativa" del artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE a fin de establecer expresamente que las medidas de acción positiva están permitidas con excepción de las cuotas rígidas.

Rodríguez Piñero²⁴³ señala que el caso Kalanke generó un duro revés para las políticas de acción positiva y se cuestiona el propio alcance del artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, es decir, no existe claridad frente a qué clase de acción afirmativa permite.

Posteriormente, en el asunto **Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen**,²⁴⁴ el debate se abre en torno a una ley de función pública pero en materia de educación de Land de Nordrhein-Westfalen (Alemania).²⁴⁵ En circunstancias similares a las del señor Kalanke, el señor Marschall demandó ante el órgano jurisdiccional, a lo que el TJCE reitera que "puesto que el apartado 4 del artículo 2 constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición"²⁴⁶. Será, por tanto, la existencia de la que denomina "cláusula de apertura" esto es, la posibilidad de apreciar en el candidato masculino motivos o criterios que inclinen la balanza a su favor, la que resulte decisiva a la hora de apreciar la compatibilidad; unos criterios de los que lo único que precisa el Tribunal es que "no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas".

Igualmente, el TJCE manifiesta que "incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio

²⁴³Rodríguez Piñero, Miguel (1995): "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE", *Revista de Relaciones Laborales* 22, p. 102- 109.

²⁴⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Sentencia de 11 de noviembre de 1997.

²⁴⁵Esta ley señalaba que: " Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor (subraya fuera de texto original)"

²⁴⁶Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Sentencia de 11 de noviembre de 1997.

de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia”, motivos por los que “el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades”²⁴⁷. De ello se deduce que puede estar incluida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 una norma nacional conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candidatos de sexo masculino tienen derecho, sin perjuicio de la cláusula de apertura, a un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas, puesto que tal norma puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos anteriormente y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social”²⁴⁸. Así el Tribunal centra sus consideraciones en la existencia de una cláusula de apertura que acabe con la prioridad absoluta e incondicional²⁴⁹.

Concluye el TJCE que las medidas positivas dirigidas a obtener un resultado serán compatibles con la Directiva, al entender que constituyen el medio idóneo para hacer frente a la discriminación estructural que afecta a las mujeres.

Rodríguez Piñero²⁵⁰ sintetiza las consecuencias directas de la flexibilización de la jurisprudencia del TJCE en el caso Marschall y afirma que la primera de ellas es la legitimidad de las acciones positivas, incluidas las cuotas con determinadas condiciones de flexibilidad, proporcionalidad y apertura, pero pone de presente que la solución no se encuentra exenta de problemas ya que no hay claridad frente a la distinción entre los sistemas rígidos y los sistemas abiertos y al quedar esta consideración sujeta a la voluntad del órgano jurisdiccional nacional se crea cierta inseguridad jurídica.

Posteriormente el TJCE se pronuncia sobre los casos **Badeck**²⁵¹ y **Abrahamsson**²⁵² en donde ratifica totalmente el precedente ya analizado.

²⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 29 y 30.

²⁴⁸ *Ibid.*, párr. 35.

²⁴⁹ Único criterio que haría que la acción positiva fuera declarada incompatible con la Directiva 76/207/CEE.

²⁵⁰ Rodríguez Piñero, Miguel, *supra* n. 243. p. 102- 109.

²⁵¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Badeck vs Land Hessen*, Sentencia de 28 de marzo de 2000, en donde se somete a consideración del TJCE la compatibilidad de la Directiva 76/207 de una Ley de 1993 sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública.

²⁵² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Abrahamsson y Anderson vs. Fogelqvist*, Sentencia de 6 de julio de 2000. El TJCE se pronuncia sobre la legalidad de una medida de acción positiva llevada a cabo en Suecia, frente a la misma Directiva ya examinada. La medida se plantea en relación a un concurso universitario para la obtención de una plaza de profesor, en donde se autoriza que “Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes... se le concederá la

3.7. LA OBLIGATORIEDAD DE LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.7.1 La Acción Afirmativa en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

La ONU tiene como fin la solución de problemas internacionales y el estímulo de los derechos humanos sin distinción alguna²⁵³. Para lograr este fin trabaja a través de sus órganos principales, subsidiarios y especializados, a partir de los cuales se desarrollan normas en materia de derechos humanos, se celebran instrumentos jurídicos, tanto universales como regionales, de carácter vinculatorio para los Estados buscando respetar dichos derechos y se crean órganos encargados de vigilar el cumplimiento de aquellos instrumentos.

Es fundamental resaltar que el Derecho Internacional ha reconocido cierto tratamiento jurídico especial frente a los grupos tradicionalmente discriminados. Este tratamiento se encausa en políticas públicas o normas jurídicas que tienen como objetivo resarcir o atender las desventajas producidas por actos de discriminación²⁵⁴ y que no son otra cosa diferente a las ya estudiadas "Acciones Afirmativas".

Al interior de la Organización de las Naciones Unidas, se han creado dos tipos de órganos de defensa y promoción de los derechos humanos, los órganos establecidos por la Carta de la ONU y los órganos creados en virtud de los Tratados²⁵⁵, entre los primeros se cuentan la Comisión de Derechos Humanos²⁵⁶ y

preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado". Si bien la norma es similar a las ya estudiada en los casos anteriores se configura una limitación así "No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sean tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación".

²⁵³ Carta Fundacional de la ONU, Art. 1.3.

²⁵⁴ Bossuyt, Marck, Op. Cit, Supra n. 167, párr. 6.

²⁵⁵ Los órganos creados en virtud de los tratados fundamentan su existencia en las disposiciones de un instrumento jurídico específico, ya sea un tratado o una convención internacional. Este grupo tiene un mandato más restringido que puede ser respecto de un tema o de una región en particular, y se dirige a un público más limitado, como por ejemplo a aquellos países que han ratificado un instrumento jurídico determinado. Sus decisiones son adoptadas por consenso. Bajo este estudio se tratará la principal jurisprudencia expedida por cada uno de estos órganos en cuanto a la cuestión de las acciones afirmativas.

²⁵⁶ La Comisión de Derechos Humanos es el órgano responsable principal de llevar a cabo la labor de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. La Comisión tiene el mandato de ocuparse de las situaciones urgentes y agudas de derechos humanos de la manera más expedita, como puede ser examinar y vigilar ya sea la situación de los derechos humanos en países o territorios específicos (los llamados mecanismos o mandatos por país) o fenómenos importantes de violaciones de los derechos humanos a nivel mundial (los mecanismos o mandatos temáticos), e informar públicamente al respecto en ambos casos. A sus sesiones asisten además la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, varios grupos de trabajo y una red de expertos, representantes y relatores que le presentan informes sobre cuestiones concretas de derechos humanos.

la Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos²⁵⁷ y entre los segundos el Comité contra la tortura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos.

- Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos

En 1998 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargó al señor *Marc Bossuyt*, como Relator Especial, la preparación de un estudio sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa.

El informe preliminar, presentado a la Subcomisión en 2000²⁵⁸, relata los diferentes conceptos de acción afirmativa encontrados en varios instrumentos internacionales y los límites de dicha acción. El informe concluye que las medidas positivas deben cumplir con la prohibición de discriminación y deben ser temporales. En el segundo informe²⁵⁹ describe a los grupos beneficiarios de acción afirmativa y analiza las justificaciones para medidas de acción afirmativa; además describe las formas que puede adoptar la acción afirmativa, como la “movilización afirmativa”, la “equidad afirmativa” o la “preferencia afirmativa”. En cuanto a la cuestión de su obligatoriedad en derecho internacional, considera que tal interpretación “sería exagerada” y que lo óptimo es promover la posibilidad de adoptar medidas afirmativas para lograr la igualdad *de facto*²⁶⁰.

En su informe final, sometido a la Subcomisión en el año 2002²⁶¹, el Relator Especial resumió los argumentos de los informes precedentes y formuló sus conclusiones. Según él, la discriminación sistemática de ciertos grupos en el pasado permite - y a veces requiere - la adopción de medidas antidiscriminatorias. Concluye que, por lo general, en materia de derechos humanos, una preferencia o diferencia de trato sólo puede justificarse si se basa en un motivo que es pertinente al derecho en cuestión. Sin embargo, considera que, en ciertos casos, otros criterios, como la representación proporcional de diferentes grupos, pueden ser válidos. Según él, “no es posible hacer declaraciones generales tajantes sobre la medida en que pueden aplicarse tales criterios” y son los jueces quienes deben velar por que las medidas cumplan con la prohibición de discriminación en determinados casos. El Relator reitera también que las medidas positivas tienen

²⁵⁷ La Subcomisión es el principal órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos. Cuenta entre sus funciones con realizar estudios, especialmente a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y hacer recomendaciones a la Comisión sobre la prevención de la discriminación de cualquier tipo en relación con los derechos humanos y las libertades fundamentales y la protección de las minorías raciales, religiosas y lingüísticas y desempeñar cualquier otra función que le encomiende el Consejo o la Comisión.

²⁵⁸ E/CN.4/Sub.2/2000/11, 19 de Junio de 2000.

²⁵⁹ E/CN.4/Sub.2/2001/15, 26 de Junio de 2001, párr. 7.

²⁶⁰ *Ibid.*, párr. 78.

²⁶¹ E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 de Junio de 2002, párr. 105.

que ser de carácter temporal y tienen que cumplir, como todas medidas, con la prohibición de discriminación.

En lo que constituye el aporte más importante de sus estudios, el Relator se dedica, en un modo más detallado que los órganos de vigilancia de los tratados, a establecer límites a las medidas de acción afirmativa, llenando el vacío de aquellos frente a los parámetros generales: la acción afirmativa, como toda medida estatal, tiene que respetar otros derechos humanos, particularmente la prohibición de discriminación, y debe ser de carácter temporal.

- **Comité de Derechos Humanos**

En su Observación General No. 3 sobre el artículo 2, el Comité consideró que la obligación general de los Estados no solamente de respetar, sino también *garantizar*, los derechos humanos, conlleva el deber de adoptar medidas específicas para permitir a los individuos el goce de sus derechos²⁶². Esta obligación positiva ha sido reiterada en la Observación General revisada sobre este artículo, adoptada en segunda lectura por el Comité²⁶³. El deber de adoptar medidas de acción afirmativa se basa en esta obligación general de adoptar medidas positivas para garantizar los derechos del Pacto. Así mismo se desprende del análisis de la Observación General No 18.²⁶⁴

Vale también mencionar la Observación General No. 28 sobre la igualdad entre hombres y mujeres, en la que el Comité consideró que los artículos 2 y 3 del Pacto requieren que los Estados tomen todas las medidas necesarias para asegurar el pleno disfrute de este derecho. En este sentido, los Estados tienen “*no sólo que adoptar medidas de protección, sino también medidas positivas en todos los ámbitos para asegurar el fortalecimiento de las mujeres*”²⁶⁵.

²⁶² Observación General No. 3, Artículo 2, Aplicación del Pacto a nivel nacional, (1981), HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003, párr. 1.

²⁶³ Draft General Comment on Article 2, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, adopted by the Human Rights Committee on second reading at its 80th session, CCPR/C/74/CRP.4/Rev.5, párr. 6.

²⁶⁴ Observación General No. 18, No-discriminación (1989), HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003, párr. 10. donde sostuvo que “El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”.

²⁶⁵ Observación General No. 28, Artículo 3 (Igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres) (2000), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 3; véase también la Observación General No. 4 relativa al artículo 3 (1981), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 2.

En algunas de sus observaciones finales a los Estados, el Comité ha destacado la obligación de adoptar medidas positivas contra la discriminación de ciertos grupos vulnerables. Por ejemplo, en su observación a Letonia, el Comité ha destacado la importancia de adoptar medidas positivas para integrar a los extranjeros en la vida pública del país²⁶⁶. En su observación a Eslovaquia, el Comité alentó al Estado a que adopte medidas legislativas más eficientes para el cabal cumplimiento con los artículos 2, 3 y 26²⁶⁷. En la misma observación, el Comité llamó al Estado a tomar medidas positivas para asegurar el goce de los derechos del Pacto por las personas romaníes, a darles oportunidades de usar su idioma en comunicaciones oficiales, a proveer servicios sociales accesibles, a otorgar formación profesional y a crearles oportunidades de empleo²⁶⁸.

El Comité también se ha pronunciado sobre cuestiones de discriminación positiva. Así, en el caso ***Stalla Costa c. Uruguay***, el Comité de Derechos Humanos opinó que la preferencia de personas despedidas durante la dictadura para puestos de servicio público constituía una manera de reparar los daños sufridos por estas personas y, por tanto, no constituía una medida de discriminación bajo el artículo 26²⁶⁹. En el caso ***Ballantyne, Davidson y McIntyre c. Canadá***, el Comité puso límites a la posibilidad de acción positiva: consideró que una ley según la cual se prohibía la publicidad en inglés en la Provincia de Quebec no podía justificarse por la protección del grupo francófono de Canadá y que constituía una violación de la libertad de expresión garantizada en el artículo 19 del Pacto²⁷⁰.

En conclusión, si bien hay pocos ejemplos de casos individuales sobre medidas positivas y si bien la formulación del Pacto lleva a considerar la acción positiva como medida permitida pero no requerida, las observaciones generales y los comentarios a los Estados reflejan la convicción del Comité de que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas antidiscriminatorias positivas.

- **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El artículo 10, numerales 2 y 3 de este Pacto²⁷¹, consagra la posibilidad por parte de los Estados de adoptar acciones afirmativas, especialmente para la protección

²⁶⁶ *Observaciones finales: Latvia*, 6 de Noviembre de 2003, CCPR/CO/79/LVA, párr.17-19.

²⁶⁷ *Observaciones finales: Slovakia*, 22 de Agosto de 2003, CCPR/CO/78/SVK, párr. 8.

²⁶⁸ *Ibid.*, párr. 16; véase también las recomendaciones similares en *Observaciones finales: Hungría*, 19 de Abril de 2002, CCPR/CO/74/HUN, párr. 7 y 10; *Observaciones finales: República Checa*, 27 de Agosto de 2001, CCPR/CO/72/CZE, párr. 8-11.

²⁶⁹ *Stalla Costa c. Uruguay*, 9 de Julio de 1987, CCPR/C/30/D/198/1985, párr. 10.

²⁷⁰ *Ballantyne, Davidson, and McIntyre c. Canadá*, 5 de Mayo de 1993, CCPR/C/47/D/385/1989, párr. 11.4

²⁷¹ Art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.. 3.. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos

femenina antes y después del parto y para los menores trabajadores en sus sitios de desempeño laboral.

En su primera Observación general, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que el primer paso para promover la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto es el diagnóstico y conocimiento de los sectores más desfavorecidos de la población, que deben ser los destinatarios de las medidas estatales de acción positiva tendentes a lograr la plena realización de sus derechos²⁷².

En su Observación General N° 5 incluye la "discapacidad" entre los motivos que justifican un trato especial.²⁷³ 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 Pacto²⁷⁴.

Es de resaltar frente a los dos Pactos estudiados que la comunidad internacional aceptó que el principio de igualdad no significa identidad de trato y que por esto la prohibición de discriminación no excluye la posibilidad de implementar acciones positivas en pro de grupos desfavorecidos, siempre y cuando estas tengan una justificación y una base razonable. Es necesario precisar que no se encuentra específicamente que la adopción de estas medidas tengan carácter obligatorio.

nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

²⁷²Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 1, párr. 3, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/Rev.4 (2000). E/CN.4/Sub.2/2002/21, pág. 17.

²⁷³ Observación general N° 5, párr. 9. *"La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente. (Súbraya fuera de texto).*

²⁷⁴*Ibid.*, Observación general N° 13, párrs. 32 y 33.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.4. estipula que aquellas medidas tendientes a lograr el adecuado progreso de grupos necesitados de protección no se considerarán discriminación²⁷⁵. Por su parte el artículo 2 abarca una multitud de obligaciones para promover la igualdad de todas personas y la eliminación de discriminación racial.²⁷⁶

Para promover el cumplimiento de esta Convención se ha creado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que dedica su Recomendación General VIII a la interpretación del artículo 1 de la Convención.²⁷⁷ En esta Recomendación no interpretó el alcance de las medidas permitidas ni dejó claro en qué medida los Estados Partes tenían una obligación de adoptar medidas de acción afirmativa, pero en pronunciamientos subsiguientes sí lo hace y de una manera tajante.

En la Recomendación General XXVII²⁷⁸, relativa a la discriminación de los romaníes, el Comité recomienda medidas para el desarrollo de la cultura política y la educación de la población en un espíritu de tolerancia, medidas positivas en la esfera de la educación, medidas para mejorar las condiciones de vida, medidas para mejorar la situación de empleo de los romaníes en el sector público, así como medidas para el acceso a los servicios de la salud y a la seguridad social. De manera similar, en su Recomendación XXIX relativa a la discriminación basada en la descendencia²⁷⁹, el Comité recuerda la importancia de las medidas de acción afirmativa; aquí también recomienda la adopción de medidas de promoción, de educación y de desarrollo económico y social, etc²⁸⁰.

²⁷⁵ Art. 1.4. "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."

²⁷⁶ Art 2. "Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron."

²⁷⁷ Recomendación General VIII relativa a la interpretación de la aplicación de los párrs. 1 y 4 del artículo 1 de la Convención (1990), HRI/GEN/1/Rev.6.

²⁷⁸ Recomendación General XXVII relativa a la discriminación de los romaníes (2000), HRI/GEN/1/Rev.6, párr.11. En adelante las consideraciones entre comillas corresponderán a citas textuales de este texto.

²⁷⁹ Recomendación General XXIX relativa al artículo 1, párr. 1 de la Convención (descendencia) (2002), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 1(h).

²⁸⁰ *Ibid.*, párr. 6, 7, 8.

En muchas de sus observaciones, el Comité ha acogido o alentado a los Estados a adoptar medidas de acción positiva, en particular la toma de medidas para promover la tolerancia y sobrevenir perjuicios y estereotipos negativos²⁸¹. En las observaciones dirigidas a Estados en particular, el Comité a menudo les recomienda que adopten medidas positivas, en particular para mejorar la situación de los romaníes²⁸², de los inmigrantes²⁸³ y de las personas indígenas²⁸⁴.

En sus Observaciones finales al Reino Unido, el Comité expresó su preocupación por la situación de los romaníes, gitanos y viajeros y de otras minorías²⁸⁵. Vale destacar la observación a los Estados Unidos, en la que el Comité expresamente recomendó al Estado adoptar *“todas las medidas apropiadas, incluidas medidas especiales conforme al párrafo 2 del artículo 2 de la Convención, para garantizar el derecho de todos [...] al goce de los derechos enunciados en el artículo 5 de la Convención.”*²⁸⁶

Y el Comité dejó claro que: *“En relación con la acción afirmativa, el Comité toma nota con preocupación de la posición adoptada por el Estado Parte de que las disposiciones de la Convención permiten, pero no exigen que los Estados Partes adopten medidas de acción afirmativa para garantizar el desarrollo y la protección adecuados de ciertos grupos raciales, étnicos o nacionales. El Comité recalca que la adopción de medidas especiales por los Estados Partes cuando las circunstancias así lo aconsejen, como en el caso de disparidades persistentes, es una obligación dimanante del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención.”*²⁸⁷

No cabe duda, por ende, de que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial interpreta la Convención de manera tal que ella impone la obligación al Estado de adoptar medidas de acción afirmativa para combatir la discriminación de hecho que existe contra los miembros de ciertos grupos en desventaja²⁸⁸.

²⁸¹ Observaciones finales: Hungría, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18, párr. 372, 373; Observaciones finales: Reino Unido, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/11, párr. 24; Observaciones finales: República Checa, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/4, párr. 9, 14, 15; Observaciones finales: Letonia, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/7, párr. 13, 19; Observaciones finales: Malawi, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/12, párr. 11.

²⁸² Observaciones finales: Hungría, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18, párr. 372, 373; Observaciones finales: República Checa, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/4, párr. 9, 14, 15.

²⁸³ Observaciones finales: Canadá, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18, párr. 335; Observaciones finales: Cap Verde, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/3, párr. 13.

²⁸⁴ Observaciones finales: Ecuador, 21 de Marzo de 2003, CERD/C/62/CO/2, párr. 13; Observaciones finales: Nueva Zelanda, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18, párr. 430; Observaciones finales: Costa Rica, 20 de Marzo de 2002, CERD/C/60/CO/3, párr. 17.

²⁸⁵ Observaciones finales: Reino Unido, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/11, párr. 24. El Comité expresamente alentó al Estado a *“continuar tomando medidas afirmativas de acuerdo con el artículo 2, párr. 2, de la Convención para garantizar oportunidades iguales para el pleno disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales”*.

²⁸⁶ Observaciones finales: United States of America, 18 de Agosto de 2001, párr. 398.

²⁸⁷ *Ibid.*, párr. 399.

²⁸⁸ Comisión Internacional de Juristas, *Medidas de Acción Afirmativa*.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Vale mencionar brevemente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer porque contiene una cláusula sobre las medidas positivas similar a la de la Convención contra la discriminación racial,²⁸⁹ cuya formulación, como la de la Convención contra la discriminación racial, es permisiva y no obligatoria. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha constantemente alentado a los Estados a que adopten medidas de acción afirmativa.

En su Observación General No 5, relativa a las medidas especiales temporales²⁹⁰, el Comité recordó que era importante que los Estados introduzcan medidas para eliminar la discriminación de hecho. El Comité recomendó que los Estados *“hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”*²⁹¹.

Posteriormente, el Comité reiteró en sus observaciones a los Estados la necesidad de adoptar medidas para promover la participación de las mujeres en la vida pública y para cambiar las percepciones y actitudes de las sociedades frente a la posición de las mujeres²⁹². En sus observaciones finales al Reino Unido, el Comité expresamente alentó al Estado a tomar medidas para asegurar la implementación del artículo 4 (1)²⁹³. En sus observaciones a Suecia, el Comité recomendó que el Estado adopte medidas temporales de acuerdo con el artículo 4 (1) para facilitar el empleo de mujeres en el sector privado²⁹⁴. El Comité también ha reiterado esta necesidad en algunas de sus recomendaciones generales²⁹⁵.

De la jurisprudencia de los órganos de vigilancia de tratados se puede concluir que dichos órganos consideran que los tratados imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa. Esto puede resultar curioso, dada la formulación permisiva de las cláusulas de acción afirmativa en la Convención de Discriminación Racial y la Convención de discriminación contra la mujer y la formulación, negativa y no de acción positiva, de los artículos 3 y 26 del Pacto. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos basan sus argumentos en su doctrina de obligaciones

²⁸⁹El artículo 4 dispone: *“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.”*

²⁹⁰ Recomendación General No. 5 relativa a las medidas especiales temporales (1988), HRI/GEN/1/Rev.6.

²⁹¹ *Ibid.*, párr. 15.

²⁹² Observaciones finales: Uruguay, 7 de Mayo de 2002, párr. 193, 201;

²⁹³ Observaciones finales: Reino Unido, 1 de Julio de 1999, A/54/38, párr. 301.

²⁹⁴ Observaciones finales: Suecia, 31 de Julio de 2001, A/56/38, párr. 345.

²⁹⁵ Recomendación general No. 23 relativa a la vida política y pública (1997), , HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 15.

positivas de acuerdo con los artículos 2 (2) de la Convención y 2 del Pacto. Así, la prohibición de discriminación, como los demás derechos garantizados por los textos, tiene una dimensión negativa, que impone al Estado un deber de abstenerse de violar los derechos, y una dimensión positiva, que impone al Estado la obligación de tomar medidas para asegurar el pleno disfrute de los derechos.

3.7.2. La Acción Afirmativa en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos

El texto legal de referencia en este ámbito es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo artículo 14 se prohíbe la discriminación en cuanto al goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Frente a los textos ya analizados contiene una limitante, cual es la ausencia de obligación de acción para el Estado; lo que ha llevado a que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sea restrictiva y su evaluación de pruebas, temerosa, en materia de discriminación.²⁹⁶

Sin embargo, el TEDH ha observado que *“ciertas desigualdades legales sólo tienden a corregir desigualdades de hecho”*²⁹⁷. La Comisión Europea de Derechos Humanos decidió que ciertas ventajas en materia de impuestos para mujeres casadas, dirigidas a *“asegurar una discriminación positiva”* y alentar las mujeres a retomar su trabajo, no violaban el artículo 14²⁹⁸.

En otro caso, el Tribunal decidió que una ley que daba un trato preferencial a personas con discapacidad en el empleo se justificaba por razones de discriminación positiva²⁹⁹. Por otro lado, la Comisión dejó claro que *“la Convención no obliga a los Estados Partes a adoptar medidas de discriminación positiva a favor de las minorías”*³⁰⁰. Así, no se halla en la jurisprudencia de la Comisión o del Tribunal una obligación de tomar medidas de acción afirmativa.

La idea de acción afirmativa podría apoyarse en la jurisprudencia de obligaciones positivas desarrollada por el Tribunal, parecida a la de los órganos de tratado de Naciones Unidas. Según esta jurisprudencia, las disposiciones de la Convención no sólo obligan a los Estados a abstenerse de violar los derechos de los individuos, sino también de adoptar medidas positivas para garantizar en pleno disfrute de estos derechos. Sin embargo, aunque esta jurisprudencia se ha

²⁹⁶ Véase la crítica en la opinión parcialmente disidente del Juez Bonello en el caso *Anguelova c. Bulgaria*, sentencia de 13 de Junio de 2002, pág. 31.

²⁹⁷ *Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (merits)”*, sentencia de 23 de Julio de 1968, Series A no. 6.

²⁹⁸ *Lindsay c. Reino Unido*, Decisión de 11 de Noviembre de 1986, párr. 1 a).

²⁹⁹ *Wintersberger c. Austria*, Decisión de 27 de Mayo de 2003, párr. 2 a.

³⁰⁰ *Magnado y Südtiroler Volkspartei c Italia*, Decisión de admisibilidad de 15 de Abril de 1994.

desarrollado parcialmente en base a situaciones de discriminación³⁰¹ y en ocasiones se ha entendido como una obligación de mejorar la situación económica o social de la persona³⁰², la Corte Europea de Derechos Humanos no ha encontrado hasta ahora una obligación de discriminación positiva o de acción afirmativa en los derechos de la Convención, en el sentido de una obligación explícita de hacer frente a desigualdades de hecho.

Con las limitaciones del artículo 14, los Estados miembros adoptaron un protocolo al Convenio el 4 de noviembre de 2000. La motivación principal para la adopción del protocolo fue la introducción de una cláusula de prohibición de discriminación general parecida al artículo 26 del Pacto Internacional³⁰³. Es menester mencionar el párrafo preambular en el que se reafirma que “*el principio de no discriminación no impide que los Estados tomen medidas con el fin de promover plena y efectiva igualdad, siempre que ellas tengan justificación objetiva y razonable*”³⁰⁴.

3.7.3. La acción afirmativa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En el marco de este sistema de protección de los derechos humanos, ya se ha estudiado lo relativo a la igualdad y no discriminación y se han dejado claros los presupuestos principales que aplican la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tomar las decisiones que en la materia les compete. Sin embargo, en relación a las acciones afirmativas, es necesario recalcar que estos órganos han considerado la viabilidad y necesidad en la implementación de políticas de esta categoría.

En principio, es necesario reconocer que al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha generado un avance en cuanto la Corte Interamericana afirma *que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio*, pues legítimamente, desigualdades de hecho pueden traducirse en desigualdades jurídicas.

Así, la Corte ha precisado que los términos *distinción* y *discriminación* conllevan diversos significados. El primero, se refiere a diferenciaciones admisibles, en tanto razonables, proporcionales y objetivas; y el segundo, hace referencia a situaciones

³⁰¹ Véase, por ejemplo, *Marckx c. Bélgica*, sentencia de 13 de Junio de 1979, Serie A No. 31.

³⁰² Véase, por ejemplo, *Z y otros c. Reino Unido*, informe de la Comisión de 10 de Septiembre de 1999 y sentencia del Tribunal de 10 de Mayo de 2001.

³⁰³ Protocolo 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, ETS No. 177, artículo 1.

³⁰⁴ Preámbulo, párr. 3º (traducción libre).

inadmisibles, a *toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable*, y que en esta medida, vaya en detrimento de los derechos humanos.³⁰⁵

Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que los Estados tienen la obligación no sólo de garantizar la igualdad formal, sino también de cerciorarse de que la igualdad sea una realidad en la práctica; en este sentido, los Estados deben adoptar aquellas medidas que sean necesarias para eliminar la discriminación de hecho.³⁰⁶

Sin embargo, es necesario anotar que estos criterios los ha sentado la Corte Interamericana en opiniones consultivas, es decir, en instrumentos de carácter interpretativo que no tienen fuerza vinculante, por lo que brilla por su ausencia, un precedente en la materia, que nos indique que es viable la declaratoria de responsabilidad internacional por la omisión de tratamiento diferenciado cuando éste es necesario.

Si bien se han estudiado, a nivel de la Organización de Estados Americanos, diferentes instrumentos jurídicos en donde se contempla la necesidad de no discriminación en el ejercicio de los derechos y libertades, es evidente el aumento de los casos de intolerancia y violencia contra diversos grupos tradicionalmente discriminados.

La Asamblea General de la OEA, en sesión plenaria el 7 de junio de 2005, consciente del vertiginoso aumento en los casos de discriminación a nivel de las Américas, decide considerar la elaboración de un proyecto de **Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e intolerancia**³⁰⁷ y resuelve encomendar al Consejo Permanente que instituya un grupo de trabajo con vistas a la elaboración del proyecto referido, cuya función será recibir contribuciones en la materia de las instituciones interesadas y de los Estados miembros.

La primera reunión del grupo de trabajo tuvo lugar el 23 de septiembre de 2005. Desde entonces se realizaron sesiones de trabajo en los meses de octubre y noviembre. El texto definitivo de la Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia será aprobado por representantes de los 34 países miembros de la OEA en una sesión de la Asamblea General.

El Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, el 18 de Abril de 2006³⁰⁸, hizo público el anteproyecto de la Convención, y frente a las acciones afirmativas se proyecta estatuir lo siguiente:

³⁰⁵ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* n. 44, párr. 84.

³⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *supra* n. 149.

³⁰⁷ Organización de los Estados Americanos, AG/RES 2126 (XXXV-0/05), Prevención del Racismo y toda forma de discriminación e intolerancia y consideración de la Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana.

³⁰⁸ Organización de los Estados Americanos, SER.G/CP/CAJP-2357/06 18 de Abril de 2006, Original Portugués.

Artículo 4. "MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCION. Se entiende como medida especial de protección toda medida o política especial de acción afirmativa tomada por el Estado o por particulares en favor de derechos de individuos o grupos discriminados, en cualquier esfera de la actividad humana, sea privada o pública, con el fin de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades y combatir la discriminación en todas sus manifestaciones individuales, estructurales e institucionales. Tales medidas o políticas especiales de acción afirmativa no serán consideradas discriminatorias ni incompatibles con el objeto o intención de esta Convención".

Así, es claro, que al menos en este proyecto, las medidas de acción afirmativas, si bien son válidas y no constituyen discriminación, no serán obligatorias para los Estados parte, toda vez que la norma calla al respecto.³⁰⁹

Frente a este proyecto de Convención, Estados Unidos considera que el grupo de trabajo no debería iniciar el proceso de elaborar una nueva convención contra el racismo. Dado que ya existe un régimen de tratados mundial sólido en esta materia, notablemente la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de la cual 170 países son parte, este mecanismo regional no es necesario, y corre el peligro de crear contradicciones con este régimen mundial.

Estados Unidos respalda la creación de un grupo de trabajo, pero opina que este debería centrarse más en acciones para hacer frente al flagelo del racismo y la discriminación. Dicho grupo de trabajo debería analizar las formas y fuentes del racismo y discriminación en el Hemisferio e identificar medidas prácticas que los gobiernos del Hemisferio podrían adoptar para combatir el racismo y otras formas de discriminación, incluidas las prácticas óptimas en forma de legislación nacional y una mejor implementación de los instrumentos internacionales existentes. Esto tendría por objetivo lograr una protección inmediata y verdadera contra la discriminación. En vista de esta posición, Estados Unidos no puede unirse de buena fe al consenso sobre estos párrafos de una resolución de la OEA que respalda la elaboración de una nueva convención contra el racismo.

3.8. DESARROLLO DE LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

El artículo 13 de la Carta Política consagra el derecho a la igualdad. Si bien, ya se ha realizado el análisis de esta categoría desde el punto de vista filosófico, es

³⁰⁹ El Grupo de Trabajo decidió instituir un mecanismo informal de consulta con la sociedad civil, por medio de la página Web (www.oea.org/racismo), que estará abierta para recibir opiniones, consultas y contribuciones de la sociedad civil entre el 16 de enero y el 30 de mayo de 2006.

necesario hacer unas breves acotaciones frente a la determinación del alcance del concepto dentro del texto constitucional y al deber que le compete al supremo operador constitucional en cuanto a la debida elaboración y aplicación del juicio de igualdad frente a un caso concreto.³¹⁰

3.8.1. La indeterminación de la Igualdad en la Carta Política y la intervención de la Corte Constitucional

Bernal Pulido pone de presente que frente a la consagración del derecho a la igualdad en la Carta Política opera una evidente indeterminación del concepto. Manifiesta el autor que por una parte opera una “*indeterminación normativa*” por cuanto no hay claridad para determinar cuando un trato diferenciado está prohibido, o si es posible u obligatorio. Por otra parte se observa una “*indeterminación estructural*” por cuanto no se especifica en la Constitución los medios prohibidos, obligatorios o posibles para que el Estado promueva la Igualdad.

Esta indeterminación manifiesta, hace necesaria la intervención de la Corte Constitucional, para que por vía interpretativa y mediante el juicio de exequibilidad determine el alcance de la disposición y en esta medida, la manera de identificar cuando un trato diferenciado es permitido por la norma suprema y bajo qué parámetros.

Así, es necesario iniciar con el análisis de los diferentes “juicios de igualdad” que ha aplicado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, iniciando con los orígenes internacionales de los criterios aplicados y terminando con las aplicaciones concretas que ha realizado la Corte y por medio de los cuales ha creado el precedente aplicable en materia de igualdad.

3.8.2. El Juicio de Igualdad en la Corte Constitucional

El principio de la igualdad impone al Estado la obligación de equiparar cargas entre sus ciudadanos. La Corte Constitucional ha manifestado que esta obligación se resume en “*hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual*”³¹¹, de donde se hace urgentemente necesario definir los criterios para

³¹⁰Para realizar este estudio se tomará como base el análisis realizado por Carlos Bernal Pulido, El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia. En donde analiza los diferentes juicios de igualdad que ha “importado” la Corte Constitucional y la respectiva aplicación de los mismos en su jurisprudencia.

³¹¹Corte Constitucional, Sentencia C-022/96. Sin embargo se considera más apropiada la fórmula de mandatos referenciada por Bernal Pulido por cuanto brinda más luces frente a la determinación de ¿Cuándo dos situaciones deben considerarse iguales o desiguales?. Así, la concreción del principio se puede sintetizar en los siguientes mandatos: “1. *Trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas.* 2. *Trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común.* 3.

determinar la validez de un tratamiento de esta categoría, es decir, la validez de un programa o política de acción afirmativa.

El primer juicio de igualdad que realiza la Corte lo hace tomando como fundamento los elementos básicos del juicio de igualdad aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo principalmente el caso *Marckx versus Bélgica*³¹², en donde se establece que un trato diferenciado sólo sería válido en la medida en que tuviera una *“justificación objetiva y razonable”*, en palabras de la Corte, una *“razón suficiente”*.

En la Sentencia C-022 de 1996³¹³ la Corte Constitucional aplica un “test de razonabilidad o proporcionalidad” compuesto por tres etapas: La primera por la *“definición de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la segunda consistente en la determinación de la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y por último la precisión de la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”*.

Frente a esta última etapa es preciso aclarar que se subdivide en la aplicación de tres subprincipios: la proporcionalidad, entendida como idoneidad o adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto: *“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”*³¹⁴

Este test de razonabilidad, adolece dentro de la adecuación y definición de la Corte de diversas falencias, especialmente en el ámbito de la definición de conceptos, y frente a esta imprecisión el Tribunal decide adoptar una segunda línea jurisprudencial con raíces del derecho norteamericano, ya estudiado en nuestro análisis y que se denominó el juicio de igualdad de los tres escrutinios.

Al aplicar el *“escrutinio débil”* se toma como rasero que la política sea *“potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”*, constanding de dos exigencias: por una parte que el trato

Trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia). 4. Trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).”

³¹²Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Marckx vs Bélgica*, Sentencia de 13 de junio de 1979, expresamente citado por la Corte Constitucional.

³¹³Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 022 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

³¹⁴*Ibid.*

diferente tenga un objetivo legítimo y por otra que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido *“una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo”*³¹⁵.

El *“escrutinio estricto”* nace como respuesta a la ineficiencia del escrutinio débil para evaluar las acciones diferenciadoras de grupos determinados por categorías como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía que habían sido discriminados tradicionalmente y que por tal razón merecían un trato preferente por parte de la administración.. A estas categorías determinadoras se les dio el apelativo de *“sospechosas”*.

En la versión de nuestra Corte Constitucional se les llamó *“potencialmente discriminatorias”* y se determinó que correspondían a esta categoría aquellas que aparecen incluidas en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución (como el *sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*, aquellos que diferencien entre las religiones o confesiones, entre los hijos adoptados y nacidos dentro y fuera del matrimonio; entre el hombre y la mujer y entre los trabajadores); todas aquellas que restringen derechos fundamentales, y aquellas que afectan de manera desfavorable a *“minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta”*³¹⁶.

En sentencias tales como las C-371 de 2000 y C-93 de 2001 la Corte ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que *“se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias y aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”*³¹⁷

En estos casos la diferenciación *“debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”*³¹⁸. Así, configurándose exigencias estrictas el escrutinio se convierte en excepción y como tal aplicable al espacio en que el Estado no dispone de un margen amplio de apreciación, sumándose además una presunción de trato inequitativo³¹⁹ mientras la medidas de diferenciación no reciba una debida justificación.

³¹⁵Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-445 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

³¹⁶Cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los Artículos 7 y 13 de la Constitución.

³¹⁷Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-371 de 2000 , Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³¹⁸Ibid..

³¹⁹Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-230 de 1994, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La última clase de escrutinio creada por la normativa norteamericana es el “Escrutinio intermedio”. La Corte Constitucional adopta este tipo de escrutinio y ordena que debe aplicarse “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”³²⁰.

La manifestación positiva de este juicio de igualdad, en términos de la Corte: “es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”³²¹

Sin embargo la precariedad de este juicio de igualdad, frente a los sustantivos elementos que se usaban el test de razonabilidad fue reconocida por la Corte en su sentencia C-93 de 2001, de donde se desprende la necesidad por parte del Tribunal de crear un híbrido que permita aplicar una diferente escala de intensidades dentro de los subprincipios de proporcionalidad, de donde surge, la última etapa, hasta la actualidad, de la evolución de los juicios de igualdad, llamado *Juicio Integrado de la Igualdad*

Bernal Pulido afirma que la intención de la Corte al crear este juicio era “combinar las ventajas del juicio de igualdad de índole europea –estructurado alrededor del principio de proporcionalidad-, con las ventajas del juicio norteamericano. Se trataba de armonizar la mayor claridad analítica que ofrece el procedimiento de la proporcionalidad, con la posibilidad de que cada uno de sus subprincipios sea aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el Legislador o la Administración tenga en la materia que sea relevante”³²².

Este juicio se aplica por primera vez en la sentencia C-093 de 2001, en donde la Corte realiza una descripción “somera y poco desarrollada”, en donde establece que este juicio se componía de tres etapas.

Una primera consistente en la *Determinación del tipo de escrutinio* “según la naturaleza del caso”³²³ es decir a la materia o el ámbito en que se incluya la medida *sub examine* o “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad”. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al Legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del Legislador es restringido.

³²⁰Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-673 de 2001, Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.

³²¹Ibíd.

³²²Pulido, Bernal, “El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, Universidad Externado de Colombia, Página 12.

³²³Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-93 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Las consideraciones entre comillas en adelante corresponderán a citas textuales de esta sentencia.

Como segundo paso se debe realizar un *“Juicio de adecuación”*. La Corte ha entendido que cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad *“no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto”*. Será necesario que la medida *“sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”*. En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida *sub examine* tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.

Por último se debe realizar un *“Juicio de indispensabilidad”*. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, *“la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”* y cuando el juicio de igualdad es débil, *“basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”*.

Evidentemente este nuevo juicio integrado adolece de falencias derivadas de la importación norteamericana del criterio aplicado con la intención de dotarla de la capacidad analítica del juicio europeo, lo que hace que la construcción no desarrolle los subprincipios de la proporcionalidad y se centre específicamente en el tipo de escrutinio, la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación.

Sin embargo y para mayor claridad práctica frente al juicio de igualdad aplicado al trato diferenciado, se analizarán a continuación los casos resueltos por la Corte Constitucional en materia ya de acción afirmativa.

3.8.3. La acción afirmativa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

Ya se ha analizado la visión que tiene la Corte sobre el derecho a la igualdad. Se estudiarán ahora los principales casos en los que el Tribunal ha aplicado el juicio de igualdad y ha aceptado o denegado la aplicación de acciones afirmativas, principalmente en sentencias de revisión de Tutela y revisión constitucional.

Se encuentra, dentro de los casos más notados y polémicos la Sentencia **C-410 de 1994**,³²⁴ en donde se estudia la exequibilidad de la Ley 100 de 1993, especialmente aquellos artículos que establecen una edad menor para las mujeres frente a los hombres para tener derecho a los beneficios pensionales. El actor argumenta que esta diferenciación contraviene el artículo 13 constitucional por cuanto discrimina y desfavorece a los hombres.

³²⁴Corte Constitucional, Sentencia C-410 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Todas las notas entre comillas en adelante corresponderán a citas textuales de esta sentencia.

La Corte inicia su estudio con algunas aproximaciones frente a la igualdad formal y a la material. La primera entendida como la igualdad ante la ley por su naturaleza universal y la segunda como aquella que adquiere el *“compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho (...) revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos”*.

Posteriormente, realiza la Corte un análisis histórico comparativo frente a la situación de igualdad de sexos por la que propugna el actor, haciendo especial énfasis en el campo laboral, de donde concluye que las mujeres siempre se han visto relegadas a la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; la realización de manera exclusiva de las labores del hogar que no son consideradas como trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga, sumando la del hogar, el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, sumado todo lo anterior a la carga de la maternidad; argumentos estos que considera suficientes elementos de juicio para justificar que en realidad la mujer ha sido tradicionalmente discriminada en el ámbito laboral y que esto deriva en la necesidad de acción positiva por parte del Estado para compensar esta desigualdad material, de donde se concluye la exequibilidad del nuevo régimen pensional como medida idónea para paliar en parte la discriminación referenciada.

En sentencia **T-288 de 1995**³²⁵, la Corte expresó el derecho que tienen los discapacitados, física o mentalmente, a recibir una *“diferenciación positiva justificada”* fundada en su *“condición especial de marginamiento y discriminación”*. En este caso se somete a estudio de la Corte la decisión de la Dimayor, respecto de la utilización de un estadio durante los partidos de fútbol, en donde se ordena la exclusión de los discapacitados de la pista, lugar usual en donde veían los partidos, por cuanto en este sitio sólo podían estar las bastoneras y los fotógrafos; además la Dimayor ordena la reubicación de los disminuidos a un sitio al cual no podían tener acceso siquiera con ayuda de una segunda persona.

La corte entiende que la decisión de la Dimayor viola el derecho a la igualdad y argumenta que la diferenciación positiva exige la adecuación de los lugares públicos para el tránsito de los discapacitados físicos por cuanto genera bienestar para su difícil situación de disminuidos por cuanto las autoridades y los particulares deberán cumplir con esta exigencia, de lo contrario se propicia su exclusión de los beneficios del progreso y el destierro de la vida comunitaria. *“Las ciudades diseñadas bajo el paradigma de la persona sana, en pleno uso de sus*

³²⁵Corte Constitucional, Sentencia T-288 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Todas las notas entre comillas en adelante corresponderán a citas textuales de esta sentencia.

capacidades, son estructuras físicas de negación y discriminación para los discapacitados”.

En este caso observa la Corte que en contra de los discapacitados operan dos tipos de discriminación; la primera por cuanto la distinción que realiza la Dimayor frente a la posibilidad de que el personal técnico, las bastoneras y los fotógrafos puedan estar en la pista y los discapacitados no carece de una justificación objetiva y razonable, por cuanto esta distinción es subjetiva, basada en “la belleza y juventud” mientras a quienes tienen derecho a un trato especial se les impide el goce de este derecho, configurándose así la segunda clase de discriminación, aquella basada en la “omisión de trato especial” a que tienen derecho las personas colocadas en situaciones de inferioridad o indefensión manifiesta. Así la Corte decide tutelar el derecho a la igualdad a los discapacitados aficionados al fútbol.

La Corte en su fallo **C-022 de 1996** analiza la exequibilidad de la Ley 48 de 1993, en cuanto brinda un aumento del 10% en las pruebas del ICFES a aquellas personas que hayan prestado servicio militar. Es esta la primera sentencia en la que la Corte realiza una aplicación metodológica completa del Test de razonabilidad ya estudiado y en mérito de este Test resuelve que esta medida, si bien tiene un fin constitucionalmente válido, el estímulo de los jóvenes a prestar su servicios a la patria y la recompensa por la interrupción de sus estudios, la medida no satisface el requisito de proporcionalidad, es decir, carece de una justificación razonable, toda vez que existen otras medidas adecuadas para lograr tal fin que no implican, como la estudiada, el sacrificio exagerado del derecho a la igualdad de de otras personas, aquellas que por cualquier motivo no han prestado el servicio militar.

Posteriormente, la Corte en sentencia **C-441 de 1997** analiza la posibilidad de amparar el derecho a la igualdad de un joven aspirante a una vacante como estudiante de medicina en la Universidad de Cartagena que ofrece dentro de su proceso de admisiones el 30% de los cupos para programas especiales de ayuda a los empleados y de desarrollo social para ciertas regiones. El aspirante no fue admitido, pese haber superado los resultados en las pruebas de aquellas personas que fueron admitidas por programas especiales. La Corte se pregunta si la instalación de cupos especiales en favor de determinados grupos sociales viola el derecho a la igualdad y a la educación de los colombianos.

En su análisis la Corte manifiesta que la autonomía universitaria no puede violar los principios constitucionales y que, atendiendo a la categoría de bien escaso de una vacante en una universidad esta debe asignarse, principalmente, de acuerdo a los méritos y capacidades de los aspirantes, sin embargo esto no obsta para que por medio de criterios diferentes y en menor medida se asignen cupos con el fin de corregir desigualdades “de origen” y manifiestas, cupos estos que también deben tener como derrotero el merecimiento académico dentro del grupo específico. Así, la Corte decide, que si bien la implantación de todos los cupos

especiales tienen una finalidad constitucionalmente válida, sólo aquellos tendientes a diferenciar positivamente a los habitantes de las zonas marginadas y los reinsertados son válidos pues tienen una justificación objetiva y razonable: compensar el abandono a que están sometidos los habitantes de estas poblaciones y la consecución de la paz.

La Corte en sentencia C-371 de 2000, se manifiesta sobre la exequibilidad del proyecto de ley estatutaria que le asigna cuotas de participación (30%) a la mujer en el alto nivel de gobierno y de la administración. La Corte aplica paso por paso el Test de Razonabilidad ya explicado y decide que el proyecto es constitucional por cuanto, las mujeres han sido históricamente discriminadas en el ámbito laboral y actualmente se encuentran infrarrepresentadas en el alto nivel de la administración. Esta es la primera sentencia en donde la Corte habla literalmente de acciones afirmativas, y analiza, que la discriminación positiva, en este caso como sistema de cuotas, cumple un fin constitucionalmente válido, es un medio idóneo y adecuado para lograr la igualdad para las mujeres en este específico ámbito laboral.

En sentencia **C-673 de 2001** la Corte analiza si la aplicación de las medidas de escalafón correspondientes a los educadores oficiales, a los educadores privados, vulnera la Constitución Nacional. En este caso la Corte, expresamente reconoce la aplicación de diferentes test de juicio de igualdad, y en este caso opta por aplicar una de sus variantes que corresponde a la intensidad intermedia, toda vez que, si bien no toca ninguna categoría sospechosa, sí lo hace con varios derechos fundamentales. Como fin constitucionalmente válido reconoce la “profesionalización de la docencia” y resalta su importancia en el aseguramiento de la idoneidad ética y pedagógica de los docentes. Frente al medio que utiliza la ley, manifiesta que es constitucional y conducente pues contribuye eficazmente a la profesionalización. De donde se desprende que la Corte resuelve la exequibilidad del Decreto 2277 de 1979, cuyo fin ya fue referido.

CONCLUSIONES

LA NECESIDAD DE ENTENDER LA ADOPCIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS COMO UNA OBLIGACIÓN DE *JUS COGENS*

La sociedad en la que vivimos tiene dos características especiales, profundamente marcadas, de una parte, la escasez de los bienes y servicios públicos y como contracara la exclusión de muchos sectores marginados frente al acceso a estos bienes y servicios.

En esta investigación se ha hecho referencia a la marginalización de ciertos grupos frente a los beneficios que provee el Estado y hemos encontrado que dicho fenómeno tiene causas económicas, sociales y culturales, que producen “discriminación”, en todo el sentido de la palabra, en el acceso a estos servicios.

El análisis a estas esferas demostrarán la importancia de este proyecto y su utilidad teórica y práctica en el emprendimiento de un camino hacia la integración de los sectores que conforman la sociedad, entendiendo las acciones afirmativas como una herramienta o medio para lograr esta integración, más que como una institución teórico jurídica.

En la era actual la exclusión encuentra sus orígenes desde diversas vertientes. La exclusión económica, por ejemplo, se ha visto reforzada por el proceso de mundialización o globalización rampante que toca todas las economías mundiales. Este fenómeno tiene desarrollos positivos como el crecimiento en la eficacia económica, un nuevo ímpetu del comercio mundial y de la producción, la mejora en calidad y cantidad de los productos y servicios a los consumidores y el abaratamiento de los mismos, lo que proyecta nuevas oportunidades para los mercados. Sin embargo las consecuencias negativas de este proceso no se han hecho esperar y se ven en la actualidad los altos costos sociales que ha pagado la comunidad por el desarrollo comercial, costos estos caracterizados por el incremento de la desigualdad, la exclusión y el malestar social, de la mano de una ausencia de modernización de las instituciones estatales y su incapacidad para enfrentar los conflictos económicos, sociales y culturales con eficacia, en bien de la colectividad.

Ante este panorama mundial el Comité de DESC³²⁶ manifestó que el fenómeno de la globalización no tiene porque ser por sí misma incompatible con los principios del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, o con las

³²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Globalización y DESC, Declaración adoptada el 11 de mayo de 1998.

obligaciones de los gobiernos a tenor de éste y que los riesgos sociales que implican estas nuevas aperturas económicas pueden evitarse o compensarse si se aplican políticas adecuadas, que no estén guiadas solamente por la competitividad, la eficiencia y el racionalismo económico.

Pero esta es sólo una arista del problema. En la actualidad, la exclusión no sólo es económica, también se hace evidente en una marcada visión retardataria llena de prejuicios sociales en contra de grupos específicos que poseen una marcada herencia discriminatoria derivada de conflictos del pasado, grupos como ciertas minorías raciales, las mujeres o algunos grupos étnicos que se resisten a perder su identidad.

La discriminación, también se hace evidente desde la óptica de los roles o patrones sociales, entendidos como pautas de conducta, generalmente aceptadas por la sociedad, por medio de las cuales se fuerza a ciertas personas a ocupar ciertos espacios y se les niega la posibilidad de acceder a nuevos horizontes, como la distribución de funciones atendiendo al sexo, a la raza, a la religión o a ciertas condiciones de incapacidad física, que si bien en ciertas oportunidades, condicionan el desarrollo de ciertas tareas, en su mayoría son abiertamente injustificadas.

Ante este deslumbrador panorama y tocando directamente lo expuesto con una problemática de fondo frente a los derechos humanos, toda vez que estas conductas descritas son abiertamente violatorias del derecho a la igualdad y de la posibilidad de acceso en este término a los DESC, la pregunta que nos planteamos en principio fue ¿Qué medidas especiales debería tomar el Estado, atendiendo a su función de garante de los derechos fundamentales, para contrarrestar la situación de discriminación y exclusión que día a día se hace más evidente?.

Entonces, en la práctica, se amplía el concepto de las obligaciones del Estado frente a un Derecho Civil y Político tal como la igualdad, en el cual la función del Estado no puede limitarse a una abstención de discriminación en sus actuaciones, entendida como una igualdad *de jure*, sino que las políticas públicas por él emprendidas deben estar dotadas por la búsqueda de un fin específico: la consecución de la igualdad *de facto*.

Entonces definido el objetivo, la pregunta que en consecuencia surge es ¿cuál sería el medio apropiado para lograr tal igualdad? Y nos hemos encontrado con una institución de origen reciente en la historia jurídica y social de la humanidad y que es en esencia polémica, por su visión innovadora de la igualdad: la Acción Afirmativa.

No pretendemos reseñar desde un principio esta institución como la panacea en la búsqueda de la igualdad y como la solución a los problemas de discriminación, por

cuanto sabemos y hemos perfeccionado con este estudio ese conocimiento, que dicha herramienta, es en sí misma problemática y contradictoria. El inicio del estudio teórico se centró en un entendimiento cabal de lo que debe entenderse por igualdad, en todo el sentido del concepto y de la misma manera se procedió con las acciones positivas, analizándoseles, desde la evolución del concepto, los problemas de aplicabilidad práctica y los pronunciamientos judiciales surgidos como consecuencia de esta problemática.

La igualdad formal o igualdad ante la ley constituye un punto de partida desde el cual todos los seres humanos estamos igualmente habilitados por la misma para gozar y ejercer nuestros derechos. En el plano material, debe traducirse en un igual tratamiento, por parte del Estado y los particulares, en materias como el ejercicio de derechos, el cumplimiento de deberes, el acceso a prestaciones, la imposición de cargas, la retribución del trabajo, entre otras. Sin embargo, la igualdad material o sustancial, constituye una noción más acertada, pues reconoce que todos los seres humanos tenemos diferencias, y que estas hacen parte de nuestra identidad como personas, de manera que no pueden ignorarse, más aún, cuando estas diferencias se traducen en desventajas de ciertos grupos o individuos frente a otros, en el disfrute de sus derechos.

Al reconocer de esta manera que debido a sus diferencias, ciertos grupos o individuos se encuentran en situación de desventaja frente a los demás, y en cuanto la igualdad material es más que un punto de partida, una finalidad, debe reconocerse también la necesidad de implementar un tratamiento diferenciado, tendiente a garantizar que la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos consagrada en el plano formal, trascienda al plano material.

La implementación de un tratamiento diferenciado constituye siempre una acción positiva del Estado, que trasciende el simple deber de abstenerse de conculcar el derecho a la igualdad de sus ciudadanos, a través de prácticas discriminatorias.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se entiende actualmente que todos los seres humanos tenemos derecho a disfrutar de nuestras libertades y derechos en igualdad real de condiciones, a pesar de nuestras diferencias. En esta medida, la ejecución de acciones positivas dirigidas a superar las desventajas que generan estas diferencias, es tan necesaria para garantizar este derecho, como lo es el abstenerse de ejecutar prácticas discriminatorias.

Pero el entendimiento de las medidas positivas en este sentido no ha sido gratuito y ha implicado la acción efectiva de los sectores marginados de la sociedad, constituidos en grupos de presión organizados para la exigencia de los más elementales derechos que les han sido negados en el correr de la historia. Así, el nacimiento y evolución de las Acciones Afirmativas se debe principalmente a la presión de los grupos sociales excluidos que intervienen en el ámbito estatal en

pro de la consecución de una igualdad de oportunidades y de resultados, ya sean estos grupos minorías raciales, como sucedió en Estados Unidos, o mujeres discriminadas en el campo laboral, caso dado mayoritariamente en Europa y que han obligado al despertar de los entes estatales y a la activación de los mecanismos jurídicos que tienen a su alcance.

Se ha estudiado que la cuestión de la acción positiva es sumamente polémica, claro está, en su expresión de “preferencia afirmativa”, toda vez que el trato diferenciado válido constitucionalmente y frente a los derechos humanos, sólo es aquel que no constituye discriminación. Es acá donde entra en juego una variante más que ha dado una interesante dinámica a la materia: los precedentes estatuidos por los Tribunales de revisión constitucional y de protección de los derechos humanos, por medio de los cuales han evolucionado a una edad más madura las políticas afirmativas, al dilucidar la cuestión de qué debe entenderse por discriminación, y cuándo un tratamiento diferenciado constituye o no discriminación.

Dilucidadas las principales líneas en la materia hemos notado que lo que se entiende por acción afirmativa depende totalmente del contexto de la región en la que estudie, de las características particularísimas de los grupos a que van dirigidas y de los objetivos que se pretenden, de allí que se noten contradicciones entre pronunciamientos de Tribunales de diferentes países y sistemas y entre diferentes pronunciamientos de un mismo Tribunal.

Así la primera característica de las acciones afirmativas es su imposibilidad de determinación general como regla inquebrantable. Sin embargo, es necesario rescatar que las mismas deben estar dotadas de características particulares que sí se pueden definir, como la necesidad, proporcionalidad, adecuación y temporalidad, que sirven de limitante del concepto más que de estructuración del concepto mismo.

Lo cierto es que en la práctica el operador judicial, es quien, en estudio de todos los posibles factores en juego (ya sean históricos, culturales, sociológicos o económicos) puede determinar la validez de una política de favor. Así, se manifiesta la importancia fundamental de los Tribunales competentes en la materia, frente a la evolución de las acciones afirmativas, ya que son ellos los encargados de definir los procedimientos para identificar qué tratamiento diferencial es, o no, discriminatorio. En Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia, utilizó los denominados “escrutinios” y el análisis de las “*categorías sospechosas*” en sus exámenes de constitucionalidad, sentando los primeros lineamientos en materia de acciones afirmativas en el ámbito laboral y educacional, imponiendo como requisito de validez de las medidas, la superación de un test de racionalidad, que implicaba que las políticas de favor cumplieran con las exigencias de necesidad, proporcionalidad y conducencia de los medios utilizados.

De la investigación se observa, que si bien en principio las leyes en la materia y su aprobación por parte de la Corte Suprema fueron abundantes, se produjo un retroceso en la materia al aplicar el “escrutinio riguroso” de una manera tal que hizo sumamente dificultosa la aprobación de una política afirmativa, descendiendo considerablemente su implementación.

Con marcada influencia estadounidense iniciaron su desarrollo las acciones positivas en la Comunidad Europea, siendo necesario destacar dos tribunales fundamentales en el desarrollo de estas medidas: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que al revisar la compatibilidad de las actuaciones administrativas en materia de igualdad definió dos presupuestos fundamentales: la prohibición de una preferencia absoluta de una persona o grupo frente a otras que no comparten sus características y la llamada cláusula de apertura consistente en la posibilidad de estudiar los méritos y logros individuales aún dentro del marco de una acción positiva.

En el ámbito comunitario se observa que los pronunciamientos han sido realmente limitados. El TJCE sólo se ha pronunciado cuatro veces frente a la materia, en la primera estableciendo una interpretación rígida y cerrada que ilegitimaba las nacientes acciones de favor en su versión de cuotas y posteriormente por presiones institucionales aceptó la llamada “cláusula de apertura” que abre el campo de acción para la implementación de estas medidas, de una manera limitada. Las soluciones en este Tribunal han sido defectuosas e imprecisas.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al evaluar las actuaciones de los Estados a la luz del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sentó el principal precedente en la materia: “Un trato es discriminatorio cuando carece de una justificación objetiva y razonable”. De donde se han valido, diferentes Tribunales internos para desarrollar sus métodos aplicables o juicios de igualdad.

La Corte Constitucional Colombiana al aplicar sus juicios de igualdad o test de razonabilidad, ha adoptado elementos comunes a los dos sistemas estudiados para lograr dilucidar la cuestión de cuándo un trato es discriminatorio, aplicando a veces intensidades altas, medias o bajas de análisis (escrutinios) o el test de razonabilidad o proporcionalidad, que no es otra cosa que el precedente europeo reseñado y en la última etapa de sus decisiones ha aplicado el llamado “Juicio integrado de la igualdad” siendo éste un híbrido de los anteriores.

De anotar frente a lo estudiado en el caso es la utilización del término “discriminación inversa” por parte del Tribunal Constitucional, lo que a nuestro juicio es técnicamente incorrecto, toda vez que el término no forma parte del discurso originario de las acciones afirmativas y lo que genera es un juicio de valor negativo frente a las políticas de favor.

Si bien discriminación como término neutro significa diferenciar, en la cultura jurídica y en el derecho antidiscriminatorio se entiende como sinónimo de parcialidad, prejuicio, favoritismo e intolerancia. Utilizar el término discriminación para una política que pretende precisamente atacarla, nos parece un uso impropio del lenguaje. Proponemos a manera de alternativa utilizar las acepciones adoptadas por los Tribunales Internacionales, en el sentido de llamar las políticas de “diferenciación positiva”.

La Corte Constitucional Colombiana, en su análisis frente al derecho a la igualdad realizó importantes avances que es necesario resaltar como una importante evolución jurídica dentro de nuestro sistema. Si bien, como ya se estudió, la Corte ha importado sus “test de igualdad” de los sistemas norteamericano y europeo y los ha adaptado al caso colombiano, esta adaptación, tanto con sus falencias como con sus aciertos, es de suma importancia por cuanto dota a los operadores judiciales (ya llámense Corte Constitucional o jueces ordinarios en materia de tutela) de un sistema objetivo de análisis que impide que aquellos basen sus razonamientos en sus propios prejuicios sometiendo a un análisis formal el supuesto normativo y fáctico objeto de análisis.

El criterio más relevante sentado por nuestro Tribunal de Revisión Constitucional, fue el de proporcionalidad que debe entenderse dividido en subprincipios, que en su aplicación han sido comunes a las diferentes etapas de la evolución del test de igualdad en la Corte.

En primera medida la razonabilidad implica, de una parte, la necesidad de la medida, es decir, la existencia en la realidad de una situación de inferioridad que impida o restrinja a ciertos grupos o individuos el goce y ejercicio de sus derechos, y que no pueda superarse por un medio diferente a la implementación de acciones positivas en su favor. De igual manera, la razonabilidad exige cierta idoneidad en las medidas a implementarse, de manera que ellas sean las adecuadas para superar la situación de desigualdad o discriminación que hizo necesaria su implementación.

Finalmente, la razonabilidad implica la proporcionalidad de tales medidas, es decir, que los resultados obtenidos a favor de los grupos o individuos en situación de inferioridad, a través de su implementación, deben corresponder con el fin para el que se crearon, cual es precisamente la superación de esta situación, sin generar privilegios adicionales que no se correspondan con este fin, y que por el contrario, puedan generar nuevas discriminaciones.

De otra parte, las acciones afirmativas deben revestir un carácter de temporalidad, de manera que una vez superada la situación de desigualdad o discriminación que dio origen a su creación, debe cesar su aplicación.

De esta manera, debe entenderse, que para la Corte Constitucional Colombiana las acciones afirmativas no constituyen discriminación, en tanto atiendan a los criterios de razonabilidad y temporalidad. Ellas generan distinciones razonables y legítimas, en tanto la discriminación genera distinciones arbitrarias e ilegítimas.

Así, de los pronunciamientos de los Tribunales internos e internacionales se desprende que han delimitado el alcance del concepto en la práctica de donde nos parece vital resaltar los siguientes parámetros: Es necesario, en primer lugar, la verificación del equilibrio entre los beneficios que traerán las medidas y sus perjuicios; no es posible la justificación de estas medidas con un mero propósito, por válido y legítimo que sea ya que la igualdad y no discriminación es un derecho aplicable a todos los seres humanos, por tanto estas medidas no pueden violarlo, en esta medida la acción afirmativa no debe entenderse como una excepción al principio de no discriminación, sino que es este principio el que fija sus límites. Frente a los destinatarios de las medidas es de resaltar que no sólo es beneficiario aquella personas que pertenece a un grupo históricamente discriminado, o discriminado en la actualidad, sino que forman parte del análisis todos los factores posibles, desde los socio- económicos particulares de cada grupo e individuo, hasta los históricos y culturales.

Si bien hasta este punto se ha estructurado el alcance del derecho a la igualdad y han logrado entenderse las acciones afirmativas como desarrollo de este derecho, estableciendo que estas políticas, dentro de unos parámetros definidos, lejos de constituir discriminación son una herramienta necesaria y adecuada para la consecución de una igualdad real, es necesario situarnos ya dentro del marco específico del derecho internacional de los derechos humanos, intentando buscar, la plena efectividad de las políticas, a fin de desentrañar el problema jurídico que en principio motivó esta investigación: La justiciabilidad de las Acciones Afirmativas en el marco de los sistemas de protección de los derechos humanos, específicamente y por ser el sistema directamente aplicable a Colombia, dentro del marco del Sistema Interamericano de Derecho Humanos.

¿Podría un Estado ser declarado responsable internacionalmente por omisión en la implementación de una acción afirmativa? ¿Existe un verdadero fundamento legal para realizar dicho pronunciamiento? En principio y en apariencia pareciera que la normativa internacional frente al tema fuese silenciosa. No existe un solo pronunciamiento de un tribunal internacional de derechos humanos en este sentido y la base jurídica que sustenta estos sistemas, es decir, las Convenciones y Tratados Internacionales se limitan a legitimar, y en esta medida permitir, las acciones positivas como desarrollo del principio de igualdad, sin atreverse a declarar la implementación de las mismas como una obligación internacional, al parecer, por ser muy arriesgado para los Estados parte, en el sentido de comprometer a un más alto nivel los deberes hacia los ciudadanos sometidos a su jurisdicción.

Aún cuando dentro del marco de los Tribunales Internacionales no haya pronunciamiento en el sentido expuesto, la jurisprudencia de los principales órganos de supervisión de los Tratados en materia de igualdad y no discriminación, tales como la derivada del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, dentro del marco de Naciones Unidas, apunta, en un sentido garantista, abierto y evolucionado hacia una nueva conciencia de la comunidad internacional, a afirmar que la adopción de acciones afirmativas debe entenderse como una obligación por parte de los Estados hacia los sectores desfavorecidos de sus comunidades respectivas.

Es necesario entonces, realizar el análisis respectivo desde la óptica del DIDH, frente al derecho a la igualdad y no discriminación y a las obligaciones de él derivados, dentro de un marco de plenas garantías, atendiendo, al principio *pro homine* que debe guiar la interpretación de las regulaciones internacionales en derechos humanos.

El principio de no discriminación, en razón del cual se encuentra prohibida toda distinción arbitraria que restrinja o impida el disfrute de los derechos y libertades fundamentales, es norma de derecho imperativo – *jus cogens*-, de manera que no admite ninguna excepción en su aplicación, aún cuando este tenga por objeto mejorar la situación de personas o grupos desfavorecidos.

Aún las medidas de acción afirmativa denominadas de “discriminación inversa” no implican más que una diferenciación que permite asignar ciertos cupos o cuotas, por ejemplo en materia de empleo o de acceso a la educación superior, a favor de ciertos grupos que se encuentran en situación de desventaja frente a otros, siempre sobre la base de los méritos y capacidades.

En el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los instrumentos normativos “facultan” a los Estados a adoptar medidas positivas a fin de garantizar el derecho a la igualdad real y efectiva e incluso, en muchos de ellos, se insta e incentiva a los Estados en este sentido. Sin embargo, no existe un instrumento internacional de carácter vinculante para los Estados, que consagre de manera expresa e imperativa, junto al deber de no discriminar, la obligación de adoptar medidas de “acción positiva” o “acción afirmativa”.

La adopción de estas medidas de acción positiva es necesaria para superar situaciones de discriminación o desigualdad sistemáticas, y de esta manera garantizar la plena efectividad del derecho a la igualdad, que hace parte del *jus cogens* internacional. Desde nuestro parecer, esta es la razón por la cual la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa debe entenderse como una obligación con carácter *erga omnes*, que se impone a los Estados más allá de su

voluntad, esto es, de su consagración positiva en un instrumento normativo vinculante para éstos.

No basta pues con enunciar el principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*. Es también necesario dotar de sentido este principio, reconociendo que frente a él, los Estados tienen obligaciones internacionales de carácter imperativo, y que ellas no se agotan en el deber de abstenerse de incurrir en prácticas discriminatorias, sino que también comprenden la promoción de la igualdad real y efectiva a través de la adopción de Acciones Afirmativas.

Esta concepción del principio imperativo de igualdad y no discriminación, en su sentido más amplio de protección, es acorde con el principio *pro homine* que debe iluminar todo ordenamiento normativo, aún tratándose del *jus cogens* internacional, de acuerdo con el cual este debe entenderse en el sentido más favorable al ser humano. Desde nuestra perspectiva, una vez una norma ingresa a los dominios del *jus cogens*, ésta debe traducirse no en un mínimo, sino en un “máximo de obligaciones” para los Estados y la comunidad internacional.

Este criterio ha sido acogido por algunos órganos de protección de los derechos humanos (entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos comités de Naciones Unidas), que han optado por afirmar en sus opiniones consultivas y recomendaciones, que al Estado le asiste una verdadera obligación de adoptar medidas de acción positiva dirigidas a garantizar la igualdad real y efectiva. De manera que en la actualidad, al interior de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos se presentan dos situaciones diversas en torno a las medidas de acción afirmativa, que pueden generar confusiones respecto a su aplicación: De una parte, los órganos de protección han reconocido, más con carácter interpretativo que vinculante, la obligación de los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa; de otra, esta obligación no se encuentra consagrada en ningún instrumento internacional cuyo incumplimiento comprometa la responsabilidad internaciones de los Estados, lo cual genera una situación verdaderamente problemática en relación con la exigibilidad de esta obligación ante la jurisdicción internacional.

Ante este panorama, los tribunales internacionales pueden optar por interpretar restrictivamente las normas que consagran el principio de igualdad en los respectivos ordenamientos normativos de aplicación, entendiendo que al no encontrarse taxativamente consagrada la obligación de implementar acciones afirmativas, su incumplimiento no genera responsabilidad internacional del Estado.

De otra parte, puede ocurrir que en virtud del principio *pro homine* y el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, los tribunales internacionales opten por entender esta obligación, como parte fundamental del deber de “garantía” del derecho a la igualdad, de manera que el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de acción positiva y consecuentemente, del

deber de garantía de los derechos, se configure responsabilidad internacional del Estado.

Esta última solución es a nuestro entender la más acertada, pues desde nuestra perspectiva existe una verdadera obligación internacional de los Estados de adoptar acciones afirmativas toda vez que ello sea necesario para superar situaciones de desigualdad y discriminación que restrinjan el disfrute de los derechos y libertades fundamentales. En esta medida, su incumplimiento constituye un hecho ilícito internacional que compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

El problema radica en que, al no existir claridad frente al carácter imperativo de esta obligación, la implementación de estas medidas queda a potestad de los Estados.

En materia de derechos humanos, ello constituye un verdadero retroceso, pues el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales del ser humano no pueden quedar al arbitrio de los Estados. A partir de la superación del paradigma positivista, aquellos no emanan de la voluntad de los Estados y su consagración normativa, tanto como de la dignidad inherente a todos los hombres. Por esta razón, debe construirse una verdadera conciencia en la comunidad internacional, del carácter obligatorio de estas acciones, cuando ello sea necesario para salvaguardar y garantizar el derecho a la igualdad, de manera que más que una facultad del Estado, su adopción constituya un verdadero deber.

Es necesario que la conciencia jurídica universal, fuente primordial del *jus cogens* internacional, asuma una posición en este sentido, dando un alcance más amplio al principio de igualdad. La *opinio juris* internacional no puede continuar identificando este principio exclusivamente con el deber de no discriminación. El principio de igualdad implica, mucho más que ello, garantizar la *igualdad material* en el disfrute de los derechos humanos.

Es momento de que los Estados comiencen a dar verdadero sentido al *jus cogens* internacional, de manera que mucho más que una construcción teórica de avanzada en materia de derechos humanos, éste constituya una realidad. Ello requiere que los Estados asuman verdaderas obligaciones imperativas frente a los derechos que, como la igualdad, hacen parte del *jus cogens*, independientemente de su consagración normativa en un tratado o convención internacional con carácter vinculante.

Los derechos que pertenecen al *jus cogens* son de imperativo respeto y garantía para los Estados, no por encontrarse consagrados positivamente o por que su desconocimiento pueda ser juzgado por un tribunal internacional, sino porque su vulneración ofende en lo más íntimo la conciencia jurídica universal.

La celebración de un tratado que enuncia expresamente la obligación de adoptar acciones afirmativas y que otorgue competencia a un tribunal internacional para conocer de su incumplimiento, queda nuevamente, a potestad de los Estados, pues de ella depende finalmente la ratificación de todo tratado internacional, cualquiera que sea su naturaleza. Es por ello, que nuestra propuesta, más que seguir el ejemplo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de adoptar una convención en este sentido, es que la obligación de implementar medidas de acción afirmativa sea asumida por los Estados como lo que es, como una norma de *jus cogens* de carácter imperativo, que debe ser acatada por todos los Estados, en todo tiempo y lugar, y bajo cualquier circunstancia.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

A. Favre, "Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens", in *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968.

A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987); "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional - Castellón* (1999); *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003; Voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-16/99 de 01 de octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del Debido Proceso Legal. Serie A No 16; Voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No 18; Voto Razonado en el sentencia Caso Blake versus Guatemala. Sentencia de fondo del 24 de enero de 1998. Serie C No 36; Voto razonado en la sentencia del caso Bámaca Velásquez.. Sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000. Serie C No 70.

Alonso García, Enrique, "La interpretación de la Constitución", Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.

Antonio Pizorusso. *Lecciones de derecho constitucional*. Editorial centro de estudios constitucionales. Madrid, 1984.

Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone.

Balza Aguilera, Javier. "Marco Jurídico: Procedimientos de aplicabilidad en relación con la acción positiva", II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva, Tomo I, Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer. 1996.

Barrère Unzueta, M^a Ángeles, "Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres", Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997; "Normativa básica en el Ámbito Internacional, Comunitario, Estatal y Autonómico".

Bernal Pulido, Carlos, "El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana". Universidad Externado de Colombia.

Bossuyt, Marck. Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. *“El Concepto y la Práctica de la Acción Afirmativa”*. R/1998/5.

Centro de información y referencia, Embajada de los Estados Unidos en Bolivia, *“Ascenso y caída de las leyes sobre la segregación”*. Temas de la Democracia.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano*, Gaceta CEJIL.

Cimolai, Silvina, *“Acción afirmativa en el ingreso a las Universidades Norteamericanas. Principios de justicia y relaciones de poder en los fundamentos del caso Universidad de California vs. Allan Bakke”* Marzo 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Escrito presentado ante la CrIDH en calidad de *amici curiae* en la Opinión Consultiva OC-18/03.

C. R. Lawrence y M. J. Matsuda *“We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action”*.

D. McWhirter, *“The end of affirmative action, where do we go from here?”*, Nueva York, Birch Lane Press, 1996.

E. Jiménez de Aréchaga, "El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo", *in Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986.

Eduardo Cifuentes Muñoz. *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Revista de Derecho Público No. 7, Universidad de los Andes, febrero de 1997. Bogotá, D.C.

Fernando Rey Martínez. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Monografía ciencias jurídicas, p. 40. Mc Graw-Hill. Madrid, 1995.

Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), *en: Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960,

Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985.

Francisco Rubio Llorente. *“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”*, *en La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Georg Jellinek. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Segunda edición. Tubinga, 1905.

J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934.

J. D. Skrentny, "*The Ironies of Affirmative Action*", Chicago, The University of Chicago Press, 1996,

J. Moreau-Reibel, "Le droit de société interhumaine et le *jus gentium* - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius", 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950).

José Suay Rincón. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Editorial estudios de administración local. Madrid, 1985.

Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943), "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946).

K. Greenawalt, "*Discrimination and Reverse Discrimination*", Nueva York, Borzoi Books in Law and American Society, 1983.

L. Ferrajoli. "*Derechos y garantías. La Ley del más débil*". Editorial Trotta, 1ª Edición en Español, Madrid, 1999.

M. O. Chibundu, "*Affirmative action and international law*", Law in Context, 1999.

P. A. Samuelson, "*Economics*", Nueva York, McGraw-Hill Book Company, 1970.

P. A. Katz y D. A. Taylor, "*Eliminating Racism, Profiles in Controversy*", Nueva York, Plenum Press, 1988.

R. K. Fullinwider "*The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis*", Nueva Jersey, Rowman and Littlefield, 1980.

R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001.

Red de Promotores de Derechos Humanos. *El Derecho a la Igualdad*, p. 23. Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2004.

Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, título original Theorie der Grundrechte. Centro de estudios Constitucionales. Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, Miguel (1995): *"Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE"*, Revista de Relaciones Laborales, 1995.

Sheridan , Alison. *"Patterns in the policies: Affirmative action in Australia"*, Women in Management Review, 1998.

S. Thernstrom y A. Thernstrom, *"Racial preferences: what we now know"*, Commentary, 1999.

T. L. Banks *"Equality, affirmative action and diversity in the United States"*.

JURISPRUDENCIA

- ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS

Corte Internacional de Justicia

Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951 I.C.J. 15).

Caso de la Barcelona Traction. Sentencia del 05 de febrero de 1970.

Comité de Derechos Humanos

Observación General No. 3, Aplicación del Pacto a nivel nacional, (1981), HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003.

Observación General No. 4 relativa al artículo 3 (1981), HRI/GEN/1/Rev.6.

Observación General No. 18, No-discriminación (1989), HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003.

Observación General No. 28, Artículo 3 (Igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres) (2000), HRI/GEN/1/Rev.6.

Observaciones finales: República Checa, 27 de Agosto de 2001, CCPR/CO/72/CZE.

Observaciones finales: Latvia, 6 de Noviembre de 2003, CCPR/CO/79/LVA.

Observaciones finales: Slovakia, 22 de Agosto de 2003, CCPR/CO/78/SVK.

Observaciones finales: Hungría, 19 de Abril de 2002, CCPR/CO/74/HUN.

Stalla Costa c. Uruguay, 9 de Julio de 1987, CCPR/C/30/D/198/1985.

Ballantyne, Davidson, and McIntyre c. Canadá, 5 de Mayo de 1993, CCPR/C/47/D/385/1989.

Draft General Comment on Article 2, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, adopted by the Human Rights Committee on second reading at its 80th session, CCPR/C/74/CRP.4/Rev.5.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación general Nº 1, Sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (E/1989/22)

Observación general Nº 5, Sobre las personas con discapacidad, (E/1195/22)

Observación general Nº 13, El derecho a la educación. (E/C.12/1999/10)

Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Recomendación Relativa a la Interpretación y la aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), Parte III.

Recomendación General XXVII relativa a la discriminación de los romaníes (2000), HRI/GEN/1/Rev.6.

Recomendación General XXIX relativa al artículo 1, párrafo 1 de la Convención (descendencia) (2002), HRI/GEN/1/Rev.6.

Observaciones finales: Hungría, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18.

Observaciones finales: Reino Unido, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/11.

Observaciones finales: República Checa, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/4.

Observaciones finales: Latvia, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/7.

Observaciones finales: Malawi, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/12.

Observaciones finales: Hungría, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18.

Observaciones finales: República Checa, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/4.

Observaciones finales: Canadá, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18.

Observaciones finales: Cap Verde, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/3.

Observaciones finales: Ecuador, 21 de Marzo de 2003, CERD/C/62/CO/2.

Observaciones finales: Nueva Zelanda, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18.

Observaciones finales: Costa Rica, 20 de Marzo de 2002, CERD/C/60/CO/3, párr. 17.

Observaciones finales: Reino Unido, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/11.

Observaciones finales: United States of America, 18 de Agosto de 2001.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Recomendación General No. 5 relativa a las medidas especiales temporales (1988), HRI/GEN/1/Rev.6.

Observaciones finales: Uruguay, 7 de Mayo de 2002.

Observaciones finales: Reino Unido, 1 de Julio de 1999, A/54/38.

Observaciones finales: Suecia, 31 de Julio de 2001, A/56/38.

Recomendación general No. 23 relativa a la vida política y pública (1997), HRI/GEN/1/Rev.6.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre la situación de la mujer en las Américas. 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Los Efectos de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74, 75), Serie A No 2.

Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4.

Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No 6.

Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Serie A No. 17.

Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No 18.

Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C No 4.

Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5.

Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22.

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

Caso Cantoral Benavides, Sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C No 69.

Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71.

Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C No 72.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C No. 94.

Caso Cantos, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97.

Caso “Cinco Pensionistas”, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C No 98.

Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia del 7 de junio de 2003, Serie C No. 99.

Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.

Caso Maritza Urrutia, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C No 103.

Caso Herrera Ulloa, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No 107.

Caso 19 Comerciantes, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C No. 109.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C No 110.

Caso Instituto de Reeducción del Menor, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C No 112.

Caso Tibi, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C No 114.

Caso De la Cruz Flóres, Sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C No 115.

Caso Masacre Plan de Sánchez, Sentencia de Reparaciones del 19 de noviembre de 2004, Serie C No 116.

Caso Carpio Nicolle y otros, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No 117.

Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C No 119, párr. 231.

Caso Caesar, Sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C No 123.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz, Sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C No 120.

Caso “Yatama”, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No 127.

Caso de las niñas Yean y Bosico, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Belgian Linguistics Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (merits), Sentencia de 23 de Julio de 1968.

Marckx c. Bélgica, Sentencia de 13 de Junio de 1979.

Lindsay c. Reino Unido, Sentencia de 11 de Noviembre de 1986.

Magnado y Südtiroler Volkspartei c Italia, Decisión de admisibilidad de 15 de Abril de 1994.

Z y otros c. Reino Unido, informe de la Comisión de 10 de Septiembre de 1999 y Sentencia del Tribunal de 10 de Mayo de 2001.

Anguelova c. Bulgaria, Sentencia de 13 de Junio de 2002.

Wintersberger c. Austria, Sentencia de 27 de Mayo de 2003.

Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen, Sentencia de 17 de octubre de 1995.

Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen, Sentencia de 11 de noviembre de 1997.

Badeck vs Land Hessen, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

Abrahamsson y Anderson vs. Fogelqvist, Sentencia de 6 de julio de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Sentencias T-432 de 1992. M.P. Simón Rodríguez; T-591 de 1992 M.P. Jaime Sanín; C-108 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara; C-410 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-351 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-410 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-288 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-299 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-033 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-353 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-022 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-

93 de 2001, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza; T-500 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Plessy vs. Ferguson, (163 U.S. 537) 1896.

United States v. Carolene Products, Co. (304 US 144, 152) 1938.

Korematsu Vs. United States, (323 US 214) 1944.

Regents of the University vs Bakke (483 U.S. 265) 1978.

Steelworkers v. Weber, (443 U.S. 193) 1979.

Firefighters vs. Stotts, (467 U.S. 561) 1984.

Wygant v. Jackson Board of Education (476 U.S. 267) 1986.

City of Richmond v. Croson (488 U.S. 469) 1989

Johnson v. Transportation Agency (480 U.S. 616) 1987.

Adarand Constructors v. Peña (115 St. Ct. 2097) 1995.

Hopwood vs Texas (78 F 3d 932) 1996.

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Ámbito de Naciones Unidas

Carta de Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Carta de la OEA

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.

SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y UNIÓN EUROPEA

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Tratado de la Unión Europea

Constitución Europea

Directiva del Consejo 75/117/CEE del 10 de Febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Directiva 86/378/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

Directiva 86/613/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Directiva 96/34/CE del Consejo, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul”.

SISTEMA ARABE DE DERECHOS HUMANOS

Carta Árabe sobre Derechos Humanos