

**OS RUMOS DO DIREITO INTERNACIONAL  
DOS DIREITOS HUMANOS**

ENSAIOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR  
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

\*

**RUMBOS DEL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR  
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

\*

**TRENDS IN THE INTERNATIONAL LAW OF  
HUMAN RIGHTS**

STUDIES IN HONOUR OF PROFESSOR  
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

**(LIBER AMICORUM CANÇADO TRINDADE)**

**TOMO V**

**COMISSÃO EDITORIAL**

Renato ZERBINI RIBEIRO LEÃO (UnB/UniCeub), Coordenador  
Andrew DRZEMCZEWSKI (Conselho da Europa)  
Jaime RUIZ DE SANTIAGO (ACNUR)  
José Flávio SOMBRA SARAIVA (UnB/IBRI)  
Christophe SWINARSKI (CICV)  
Manuel E. VENTURA ROBLES (CtiADH)

**Sergio Antonio Fabris Editor**  
Porto Alegre, Brasil / 2005

## CATALOGAÇÃO NA FONTE

R937 Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade / Renato Zerbini Ribeiro Leão, coord. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed. 2005.

6 v. ; 15,5 x 22 cm.

Título em português, espanhol e inglês. Textos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

Título em Latim: *Liber Amicorum Cançado Trindade*.

ISBN 85-7525-322-0.

1. Direitos Humanos : Direito Internacional Público. 2. Trindade, Antônio Augusto Cançado : Direito Internacional. I. Leão, Renato Zerbini Ribeiro, coord.

CDU – 341.231.14

Bibliotecária Responsável : Inês Peterle, CRB-10/631.

Diagramação e Arte:  
PENA – Composição e Arte  
Fone: (51) 434-2641  
CNPJ: 94.618.667/0001-04  
Porto Alegre - RS

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, a  
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR  
Rua Riachuelo, 1238  
CEP 90010-273  
Fone: (51) 3227-5435 (Geral)  
Porto Alegre - RS

Rua Santo Amaro, 345  
CEP 01315-001  
Fones: (11) 3101-5383 / 3101-7039  
São Paulo - SP

## Cap OS DIREITOS HUMANOS JURIDICOS INTER

74. Los Tratados de Derechos  
Internacional y Constitucionales  
*Edmundo Vargas Carreño*

75. Jurisdição Constitucional  
*José Afonso da Silva*

76. La Constitución y los Derechos  
*Hernán Salgado Pesantes*

77. Las Consecuencias de la Jurisdicción  
de los Tratados Relativos a Derechos  
*Carlos M. Ayala Corao*

78. A Inserção do Modelo ABC  
de Garantias Fundamentais na  
de 1988  
*Sylvia Maria da Silveira L...*

significativa, no entanto, foi certamente a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, no âmbito da Presidência da República.<sup>35</sup> Dentre suas incumbências, destaca-se a formulação, coordenação e avaliação de políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra. Essas medidas respaldam e legitimam a atuação diplomática brasileira nos foros internacionais de acompanhamento das recomendações da Conferência de Durban.

## X. Conclusão

A Conferência de Durban sobre o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, apesar das dificuldades que enfrentou para chegar a consenso em temas sensíveis e controvertidos, marcou, possivelmente, o fim de um ciclo de conferências internacionais, convocadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, sobre temas de interesse geral da humanidade<sup>36</sup>. Parte das dificuldades enfrentadas deveu-se, talvez, ao desgaste gerado pela proliferação desse tipo de evento ao longo da década passada.

Seus resultados, contudo, deram novo ímpeto à ação coordenada da comunidade internacional na luta contra o racismo e a discriminação. Ao contrário das duas anteriores conferências sobre o tema, enfocadas sobre o *apartheid*, o amplo leque de temas em Durban oferece oportunidade para novas iniciativas e demanda esforços adicionais dos governos, dos organismos internacionais e das organizações da sociedade civil para alcançar seus ambiciosos objetivos.

35 - Criada por Medida Provisória nº. 111, de 21 de março de 2003.

36 - Ciclo iniciado com a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992.

## ALGUNAS APROXIMACIONES AL MARCO JURÍDICO DE LA IGUALDAD Y LA NO-DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ariel E. Dulitzky\*

La identidad de las Américas no puede dissociarse de su carácter multirracial, pluriétnico, multicultural y pluralista. La amplia diversidad de nuestras sociedades constituye una de nuestras características determinantes. Sin embargo, con frecuencia la historia y el presente de nuestro hemisferio se ha caracterizado por el racismo, la discriminación racial, étnica y de género, la xenofobia y formas de intolerancia<sup>1</sup>. América Latina es la región más desigual en el mundo desde el punto de vista de distribución de la riqueza<sup>2</sup>. La discriminación y la intolerancia todavía persisten

\* Las opiniones expresadas en esta publicación son personales del autor, y no representan necesariamente los de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Secretaría General, de la Organización de los Estados Americanos, ni de sus órganos o funcionarios.

1 - Véase Declaración de la Conferencia Regional Preparatoria para las Américas para la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia A/CONF.189/PC.2/7, 24 de abril de 2001.

2 - La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) concluyó que América Latina y el Caribe no logró mejorar su situación distributiva durante los años noventa, que el 10% de la población con mayores ingresos logró aumentar su

en la región y continúan siendo causa de sufrimientos, desventajas y violencia, así como de otras violaciones graves de los derechos humanos, en perjuicio de sectores sociales particularmente marginalizados como los indígenas, los afrodescendientes, los migrantes, las mujeres, los desplazados, los discapacitados.

Como nos ilustra el juez Cançado Trindade:

En un mundo "globalizado" – el nuevo eufemismo *en vogue*, – se abren las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo en que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estadísticamente comprobada), los marginados y excluidos. Las lecciones del pasado parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido en vano. El actual frenesí "globalizante", presentado como algo inevitable e irreversible, – en realidad configurando la más reciente expresión de un perverso neodarwinismo social, – muéstrase enteramente desprovisto de todo sentido histórico<sup>3</sup>.

Frente a este cuadro, nos convoca el profesor Cançado Trindade, a buscar soluciones jurídicas creativas para responder a estos desafíos. Nos recuerda que:

Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes<sup>4</sup>.

participación en el ingreso total de la región y el 40% de los hogares más pobres fueron los más afectados por las crisis económicas de la región. Para la CEPAL, América Latina se mantiene como la región más desigual del mundo en cuanto a ingresos. CEPAL, Panorama Social de América Latina, 2000-2001, págs. 17 y sigs. y 67 y sigs.

3 - CorteIDH, Caso Haitianos y Dominicanos de Haitiano en la República Dominicana (República Dominicana), Resolución de la Corte de 18 de agosto de 2000, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 3.

4 - CorteIDH, Caso Haitianos y Dominicanos de Haitiano en la República Dominicana (República Dominicana), Resolución de la Corte de 18 de agosto de 2000, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 7.

Este artículo pretende responder al desafío al que nos llama Antonio Cançado, con el objeto de contribuir a los esfuerzos para combatir la discriminación en sus diversas manifestaciones. Particularmente buscamos una mejor comprensión de los principios de igualdad de los seres humanos y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de ningún tipo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacionalidad u origen social, propiedad, nacimiento u otra condición. Realizaremos nuestro análisis desde la perspectiva de la normativa y jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Particularmente nos referiremos a las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>. Todo ello, bajo el entendimiento de que:

La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables<sup>6</sup>.

Por supuesto que sabemos que el derecho por sí solo no puede solucionar todos estos problemas. Pero también estamos convencidos que no hay solución posible a ellos, sin el derecho. De nuevo, nos guían las palabras del profesor Cançado Trindade:

Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección del

5 - Con excepción de algunas referencias, no nos detendremos en las normas jurídicas o en el desarrollo jurisprudencial doméstico. Al respecto, puede verse una recopilación de normas jurídicas constitucionales relacionadas con la proscripción y la prevención de la discriminación racial, en IIDH, Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Después de Durban: Construcción de un Proceso Regional de Inclusión Social, 2001, pág. 99 y sig.

6 - Corte I.D.H., El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, pág. 23.

ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos<sup>7</sup>.

### I. La igualdad y la no discriminación como principio fundamental de la protección internacional de los derechos humanos

La no-discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio fundante, básico, general y fundamental relativo a la protección internacional de los derechos humanos.<sup>8</sup> Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana) en su Preámbulo parte de la premisa que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".<sup>9</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la Declaración Universal) parte del mismo presupuesto al estipular que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".<sup>10</sup>

De hecho, todas las referencias a los derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas van unidas al

7 - CorteIDH, Caso Haitianos y Dominicanos de Haitiano en la República Dominicana (República Dominicana), Resolución de la Corte de 18 de agosto de 2000, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 25.

8 - Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 8, No discriminación, párr. 1.

9 - Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A. No. 10 (1989), párrs. 35-45; CIDH, James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos de América, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-1987, párrs. 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c Estados Unidos de América, Informe N° 51/01, caso 9903, 4 de Abril de 2001. Véase también el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 20.

10 - Artículo 1.

principio de la no-discriminación. Así, el artículo 1 de la Carta establece que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es el de

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*<sup>11</sup>

Asimismo, el Artículo 55 de la Carta que hace referencia específicamente a los derechos humanos indica que

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*, y la efectividad de tales derechos y libertades.<sup>12</sup>

De modo, que en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de respeto universal de los derechos humanos está indisolublemente asociado al principio de no-discriminación. En otras palabras, la inclusión por oposición a la exclusión y el

11 - (El resaltado nos pertenece). Ver en el mismo sentido el artículo 13 (1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*) y el artículo 76 (Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el artículo 1 de esta Carta, serán: c. promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo). (No hay resaltados en el original).

12 - El resaltado nos pertenece.

respeto igualitario de las libertades fundamentales es una característica distintiva del régimen internacional de los derechos humanos instaurado en el marco de las Naciones Unidas.<sup>13</sup>

En el mismo sentido de la indisolubilidad entre respeto a los derechos humanos y no-discriminación, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los Estados miembros proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.<sup>14</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la CIDH) ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental<sup>15</sup> del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA.<sup>16</sup>

Como reafirmación de este principio, la recientemente aprobada Carta Democrática Interamericana señala en su preámbulo que la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la Convención) contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia. En particular, el artículo 9 de la Carta Democrática indica que:

13 - Ver, Kevin Boyle y Anneliese Baldaccini, *International Human Rights approaches to Racism, en Discrimination and Human Rights*, Ed. Por Sandra Fredman, pág. 138.

14 - Artículo 3 inciso 1. (El resaltado nos pertenece). Ver asimismo el artículo 45 (Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) Todos los seres humanos, *sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social*, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica) (El resaltado nos pertenece).

15 - CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr.36.

16 - CIDH. Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación, Sección A, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, Capítulo VI (en adelante CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad).

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

El régimen internacional de derechos humanos en definitiva ha sido creado y funciona sobre la premisa básica de la igualdad entre todos los seres humanos, por lo que todas las discriminaciones se encuentran precluidas del mismo. Los principios de no discriminación y de igual protección de la ley sirven como bases fundamentales de los principales instrumentos normativos del sistema internacional de protección de los derechos humanos.<sup>17</sup> En una opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte) hizo notar que:

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 incurso 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.<sup>18</sup>

La jurisprudencia y práctica internacional ha elevado este principio de no-discriminación a un status especial dentro del derecho internacional. Así la Corte Internacional de Justicia indicó

17 - Idem.

18 - Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55 (en adelante OC-4/84).

que la prohibición de la discriminación racial constituía una obligación *erga omnes*.<sup>19</sup> Un año después el mismo Tribunal señalaría que utilizar "distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones exclusivamente basadas en motivos de raza, color, descendencia u origen nacional o étnico que constituyen una denegación de derechos humanos fundamentales es una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta" de las Naciones Unidas.<sup>20</sup>

Existe desde esta perspectiva un consenso en la comunidad internacional que la prohibición de la discriminación racial,<sup>21</sup> así como de prácticas directamente asociadas con la discriminación como la trata de esclavos, el genocidio o el apartheid, constituyen normas *erga omnes*.<sup>22</sup> El carácter de normas *erga omnes* o *ius cogens* de la prohibición de la discriminación racial y prácticas relacionadas demuestra por su carácter perentorio que "estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que las contienen, ya que constituyen principios intransigibles del derecho internacional consuetudinario".<sup>23</sup>

Desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional<sup>24</sup>, considerar a la prohibición de discriminación racial y prácticas asociadas como normas *ius cogens* significa que los Estados contraen la obligación ante toda la comunidad internacional y que

19 - Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power Co, ICJ Reports 1970.

20 - Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1970, 3 at 70.

21 - Ver James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, pág. 246 y siguientes.

22 - Ver por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment of 11 July 1996, para. 31.

23 - Corte Internacional de Justicia, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 de Julio de 1996, para. 79.

24 - En realidad, aún antes de la creación de las Naciones Unidas ya comenzaba a perfilarse una jurisprudencia sobre no-discriminación. Ver por ejemplo, Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion on Minority Schools in Albania, Series A/B, N° 64.

dichas prohibiciones incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales), siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento.<sup>25</sup> Por su parte, considerar que la prohibición de la discriminación racial y las prácticas relacionadas forman parte del *ius cogens* o Derecho imperativo significa que son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.<sup>26</sup>

Si bien, fuera de la prohibición de la discriminación racial, no ha existido hasta ahora consenso de la comunidad internacional para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos como normas *ius cogens*, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, dada la prohibición clara y expresa de la discriminación por sexo y religión, por estar contenidas tanto en la Carta de las Naciones Unidas<sup>27</sup> como en la de la OEA<sup>28</sup>, pueden considerarse como representativas del consenso de la comunidad internacional sobre su primordial relevancia. Asimismo, la prohibición de la discriminación basada en motivos de idioma contenida en la Carta de las Naciones Unidas<sup>29</sup> y de nacionalidad contenida en la Carta de la OEA<sup>30</sup> revisten similar importancia.

La no-discriminación constituye un principio tan básico que aún cuando los tratados de derechos humanos facultan a los Estados para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinados derechos, se exige que dichas medidas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social<sup>31</sup>.

25 - Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, Reports 1970, p. 32, párrafos 33-34.

26 - Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, artículo 53.

27 - Artículos 1 inciso 3 y 55 inciso c.

28 - Artículos 3 inciso 1 y 45 inciso a.

29 - Artículo 1 inciso 3 y 55 inciso c.

30 - Artículo 3, inciso 1.

31 - Artículo 27 de la Convención Americana y artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver Comité de Derechos Humanos, Observación

Cabe notar, que ni la Convención ni el Pacto, incluyen el principio de igualdad y la obligación de no-discriminación como no derogables. Sin embargo, se puede considerar que dicha inderogabilidad se encuentra implícita en tanto y en cuanto ambos instrumentos incluyen al principio de no-discriminación como un elemento indispensable para la legitimidad de las medidas de emergencia<sup>32</sup>.

El carácter básico y general del principio de no-discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley ha llevado a la adopción de tratados específicos sobre esta materia. A modo de ejemplo, se pueden mencionar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los convenios relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (111) y sobre igualdad de remuneración (100) de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO.<sup>33</sup> En el ámbito interamericano se pueden mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por otra parte, resalta en la historia de la codificación internacional de los derechos humanos, la temprana adopción de instrumentos destinados a la eliminación de algunas de las más graves violaciones a los principios de igualdad y no-discriminación, tales como la Convención para la Prevención y Sanción

del Crimen de Genocidio de 1949, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952 o la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la trata de Esclavos y las Instituciones o Prácticas análogas a la Esclavitud de 1956. En el ámbito de la OEA se pueden mencionar la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, ambas de 1948. Todas ellas anteriores a los tratados generales de derechos humanos.

En definitiva, la igualdad y la no-discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad. Tal es la magnitud de este principio fundamental que una reserva a tal principio sería contraria al objeto y fin de los tratados respectivos y por ende inválida.<sup>34</sup>

## II. Las normas jurídicas relativas a la no-discriminación

La Convención Americana indica en su artículo 1 que:

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, 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.

Complementa dicha disposición el artículo 24 que estipula que:

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

34 - Cecilia Medina, *Toward a more effective guarantee of the enjoyment of human rights by women in the Inter-American system*, en Cook, *Human Rights of Women*, pág. 268-269.

General N° 18, párr. 2 y Observación General No. 29, párr. 8 y CIDH, Informe de la CIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú (2000), Capítulo-II, párr. 70.

32 - Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29, párr. 8.

33 - Ver asimismo, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y Convenio sobre igualdad de remuneración, entre otros.



Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto o el Pacto Internacional) en su artículo 2 señala que:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Al resaltar la importancia de la igualdad entre el hombre y la mujer el artículo 3 del Pacto indica que

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto

Completa este cuadro normativo, el artículo 26 del Pacto al estipular que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Dada la importancia de la igualdad y la no-discriminación, los tratados de derechos humanos, además de las cláusulas genéricas de igualdad y no discriminación recién citadas, establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de

derechos humanos, el principio de no-discriminación o de igualdad.<sup>35</sup>

Los conceptos de igualdad y discriminación han resultado peculiarmente resistentes al intento de obtener una definición clara y categórica.<sup>36</sup> No es el objetivo de este trabajo analizar todas las acepciones y concepciones posibles en torno a los mismos. Ello aun cuando ni la Convención Americana ni el Pacto definen que se entiende por discriminación. Ante tal silencio, tanto la Comisión como el Comité de Derechos Humanos han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>37</sup> y en la

35 - Idem, párr. 5 y 6. Así el Pacto en el párrafo 1 del artículo 14 establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en dicho artículo. Análogamente, el artículo 25 prevé la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2. El párrafo 4 del artículo 23 estipula que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En lo que respecta a los niños, el artículo 24 dispone que todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Refiriéndose al artículo 23 de la Convención que en su inciso 1 apartado b estipula la igualdad del sufragio y en su apartado c la igualdad en el acceso a las funciones públicas, la Comisión Interamericana los ha entendido como derechos a la igualdad política. CIDH, Informe N°. 137/99, Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y Otros, Chile, 27 de Diciembre de 1999, párr. 97. Asimismo, la CIDH ha dicho que el artículo 17 inciso 4 que estipula la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, es la "aplicación concreta" del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio. CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr. 40.

36 - Carlos Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, pág. 411, Saba, Roberto, Discriminación, trato igual e inclusión, en Abregú y Courtis, La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, pág. 561 y sigs y Nicolás Espejo Yaksic, La Garantía de la no-discriminación y el Principio de Igualdad, pág. 66.

37 - El artículo 1 de la Convención estipula: En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>38</sup> para sostener que:

discriminación es 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.<sup>39</sup>

De la definición de discriminación se pueden extraer algunos elementos determinantes<sup>40</sup>. En primer término, la discriminación incluye acciones y omisiones: distinción, exclusión, restricción y preferencia. Estas acciones u omisiones deben estar basadas en algunos de los motivos prohibidos de discriminación que serán analizados más adelante. En tercer lugar puede tratarse de discriminaciones intencionales ("que tengan por objeto") o bien que tengan un impacto discriminatorio ("por resultado")<sup>41</sup>. Finalmente estas discriminaciones deben tener por objeto o resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (de aquí en adelante CERD) ha entendido que a la cabeza de estos derechos y libertades figuran los que emanan de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>42</sup>

objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

38 - El artículo 1 de la Convención indica: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

39 - Comisión, Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párr. 32. Comité, Observación General 18, citada, párr. 7. Ver, asimismo, Convenio (No. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación: A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza: 1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en

especial: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 2 inciso a. (El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.)

40 - Kiper, Claudio, Derechos de las Minorías ante la Discriminación, Hammurabi, pág. 37.

41 - CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad ... ob.cit. Ver en la jurisprudencia nacional Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 1024 del 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco (La prohibición sobre la discriminación se extiende no sólo a las acciones realizadas o practicas establecidas por razones discriminatorias, sino también a cualquier otro tipo de acciones o practicas no discriminatorias que tienen efectos discriminatorios o poseen impactos discriminatorios).

42 - CERD, Recomendación general XX, Aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades (art. 5), (48° período de sesiones, 1996), párr 1.

La prohibición de la discriminación alcanza tanto el ámbito público como privado. Así el Comité de Derechos Humanos ha indicado que en virtud del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, amparado por el artículo 26, los Estados deben tomar medidas contra la discriminación por agentes públicos y privados en todos los ámbitos<sup>43</sup>.

Si bien la Convención sobre Discriminación Racial concluye la definición de discriminación racial con la frase "cualquier otra esfera de la vida pública", el CERD ha entendido que en la medida en que las prácticas de las instituciones privadas influyan en el ejercicio de los derechos o en la disponibilidad de oportunidades, el Estado Parte debe garantizar que el resultado de estas prácticas no tenga como finalidad ni como efecto crear o perpetuar la discriminación racial<sup>44</sup>.

De La definición de discriminación los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que no habrá, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente. La distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma<sup>45</sup>. La Corte ha establecido, al igual que lo han hecho otros organismos y tribunales internacionales<sup>46</sup> que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad

humana"<sup>47</sup>. En este sentido, la Corte advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".

Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe el principio de no-discriminación. En realidad, ha dicho la Comisión, la distinción podría ser necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales.<sup>48</sup> Un trato igual de desiguales sería en sí mismo una forma de desigualdad.<sup>49</sup> La Corte estableció que:

no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>50</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que una distinción es permisible cuando concurren dos elementos: 1) el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo, y 2) existe una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Por ejemplo, la Corte Europea ha dicho que:

43 - Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, párr. 31.

44 - CERD, Recomendación general XX, Aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades (art. 5), (48° período de sesiones, 1996), párr. 5.

45 - Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 47.

46 - El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha señalado que: "Una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no reviste el carácter de discriminación prohibida en los términos del artículo 26." Comité DH, Casos *Broeks y Zwaan-de Vries contra Holanda*, Communication No. 172/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40)(1987) párr. 12.5. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, para. 42; *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 34, entre otros.

47 - Corte IDH, OC 4/84 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, párr. 55.

48 - CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr.31.

49 - Ver por ejemplo Corte EDH, caso *Pretty contra el Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002, para. 88.

50 - OC-4/84, párr. 57.

“una diferencia de tratamiento entre personas que se encuentran en situaciones análogas o relevantemente similares es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a ser alcanzado.”<sup>51</sup>

Para identificar un trato discriminatorio, por lo tanto, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables<sup>52</sup> y que las distinciones de tratamiento sean contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas y que no guarden una conexión proporcional entre las distinciones y los objetivos de la norma<sup>53</sup>.

Como se indicó más arriba, la prohibición de discriminación proscribía aquella situación en la que por algunos de los motivos prohibidos una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable, es decir la que tenga por objeto directo tal discriminación. Pero allí no se agotan los supuestos, ya que la prohibición de discriminación abarca también las acciones u omisiones que tengan un resultado o efecto discriminatorio aun cuando en su apariencia tal acción u omisión sea neutral. Esta situación ha sido denominada discriminación indirecta o efecto discriminatorio. Una definición de lo que se entiende por discriminación indirecta o aquella que tiene un efecto discriminatorio, es

51 - Caso *Pretty v. the United Kingdom*, sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 88.

52 - CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad... citando a la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Lindsay contra el Reino Unido*, Decisión del 11 de noviembre de 1986 sobre admisibilidad, 49 D&R 181 (que determinó que las parejas casadas y no casadas no se encuentran en situaciones análogas en relación a la distinción en el régimen tributario, al considerarlas en el contexto de los derechos y obligaciones relacionados con el matrimonio).

53 - Varios autores han indicado que esta jurisprudencia internacional ha optado por la forma más débil de analizar el tema de la discriminación y le ha restado a las disposiciones respectivas de cierta importancia. Ver Jabos y White, *The European Convention on Human Rights*, 1996, pág. 287, van Dijk y van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, pág. 396.

la que se encuentra en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa que en su artículo 2 apartado 2 estipula que

existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios<sup>54</sup>.

La discriminación directa o tratamiento desproporcional es el reflejo del principio de la igual formal o de la igualdad como consistencia, es decir los iguales deben ser tratados de la misma manera<sup>55</sup>. Pero este principio formal, soslaya el factor que un tratamiento aparentemente igualitario puede en realidad consolidar desventajas estructurales o pasadas. De allí que se haya desarrollado de manera complementaria y paralela el concepto de discriminación indirecta a fin de abarcar aquellas situaciones en la que una norma un criterio o practica aparentemente neutral produce desventajas a una proporción sustancialmente mayor de un grupo social con relación a otros grupos sociales.<sup>56</sup> El Comité, sin embargo, en al menos un caso ha indicado que una ley que es aplicada uniformemente aun cuando tenga un efecto discriminatorio no es violatoria del artículo 26 del Pacto<sup>57</sup>.

Al hablar de la discriminación, se suele distinguir también entre la discriminación de *iure* o legal, y la discriminación de *facto* o de hecho. Tal como se indicó, la definición de discriminación abarca aquella que tiene su origen en normas jurídicas cuyo objeto o resultado sea el de establecer distinciones entre personas igualmente situadas. Además, la prohibición de discriminación

54 - Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000 p. 0022 - 0026*.

55 - Sandra Fredman, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality*, pág. 23.

56 - *Idem*, pág. 24.

57 - Comité, *PPC v. The Netherlands*, Communication No. 212-1986 (1988).

comprende los supuestos en los que aún ante la inexistencia de una ley o una política discriminatoria, en los hechos existe discriminación.

De acuerdo a la jurisprudencia internacional los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En el punto que nos convoca, se traduce tanto en la obligación de no discriminar directamente como en la de prevenir la discriminación o investigar y sancionar a los agentes discriminadores en caso de que haya ocurrido y reparar a las víctimas.<sup>58</sup> Desde esta perspectiva, el Estado tiene la obligación de no discriminar directamente, pero no se limita allí su responsabilidad. En el supuesto de un acto discriminatorio de una persona privada puede haber responsabilidad del Estado, no en virtud del acto mismo, sino por causa de la falta de diligencia para evitar la violación o responder a la misma, tal como lo exigen los instrumentos internacionales<sup>59</sup>.

La discriminación de facto o de hecho, ha sido jurisprudencialmente reconocida como cubierta por la misma prohibición que la discriminación de iure. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que la simple demostración de estadísticas sobre ciertas disparidades no es suficiente para probar que existe discriminación en un caso concreto, por lo que es indispensable aportar prueba concreta con relación al caso particular de que se trata<sup>60</sup>.

Una situación, práctica o disposición que impacta desfavorable y desproporcionalmente en un grupo determinado constituye una discriminación. Así, la CIDH sostuvo que las agresiones domésticas contra mujeres son desproporcionadamente mayores que las que ocurren contra hombres, lo que a su criterio y debido a la ineficacia del Poder Judicial para investigar los hechos y sancionar a los responsables constituye discriminación<sup>61</sup>.

Refiriéndose específicamente a la discriminación por motivos de sexo, la Comisión ha establecido que una ley que otorga una

serie de capacidades legales exclusivamente al marido y no a la esposa establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, sostuvo la CIDH si dichas disposiciones aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre se perpetúa una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia<sup>62</sup>.

### III. Los Motivos Prohibidos de Discriminación

Tanto la Convención como el Pacto contienen un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Los artículos 2 y 26 del Pacto prohíben la discriminación motivada en la raza, color, sexo,<sup>63</sup> idioma<sup>64</sup>, religión,<sup>65</sup> opiniones políticas<sup>66</sup> o de cualquier índole, origen nacional<sup>67</sup> o

62 - CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr.40.

63 - Comité, *S.W.M. Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, *F.H. Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984. *S. Aumeeruddy-Cziffra and 19 Mauritian women v. Mauritania*, Communication No. R.9/35/1978. *Ato del Avellanal v. Peru*, Communication No. 202/1986, *Hendrika S. Vos v. The Netherlands*, Communication No. 218/1986, *Pauger v. Austria*, Communication No. 415/1990, *A.P.Johanes Vos v. The Netherlands*, Communication No. 786/1997.

64 - Comité, *Dominique Guesdon v. France*, Communication No 219/1986; e *Ives Cadoret y Hervé Le Bihan v. France*, Communications Nos. 221/1987 y 333/1988 y *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 y 385/1989. Ver también artículo 27 (En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma). Ver Fernand de Varennes, *Language, Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 68 y sigs.

65 - Comité, *Singh Bhinder v. Canada*, Communication No. 208/1986 y *Arieh Hollis Waldman (Initially represented by Mr. Raj Anand from Scott & Ayles, a law firm in Toronto, Ontario) v. Canada*, Communication No. 694/1996,

66 - Comité, *Stalla Costa v. Uruguay*, Comunicación No. 198/1985.

58 - Ver *mutatis mutandi*, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C no. 6, párr. 166.

59 - Id., párr. 172. Ver asimismo, CIDH, caso Maria da Penha, citado.

60 - CIDH, Resolución N° 23/89, caso 10.031, Estados Unidos, 28 de septiembre de 1989, párr. 41 y 45.

61 - Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil, 16 de Abril de 2001, párr.47.

social, posición económica, nacimiento- y un criterio genérico — cualquier otra condición social<sup>68</sup>— que permite afirmar que no se trata de una norma taxativa.<sup>69</sup>

Al igual que las normas pertinentes del Pacto, el artículo 1.1 de la Convención Americana reconoce de modo no taxativo algunos criterios prohibidos de discriminación.<sup>70</sup> Entre ellos menciona de raza,<sup>71</sup> color, sexo,<sup>72</sup> idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional<sup>73</sup> o social posición económica,<sup>74</sup> nacimiento o cual otra condición social.<sup>75</sup>

67 - Comité, *Josef Frank Adam v. The Czech Republic*, Communication No. 586/1994.

68 - Comité, *Ibrahim Gueye et al. v. France*, Communication No. 196/1983.

69 - El artículo 2 usa el término "distinción", pero de los trabajos preparatorios se demuestra que se usa como sinónimo de discriminación.

70 - El Juez Piza en su voto separado en la Opinión Consultiva OC-4 sostuvo que el carácter no taxativo de esta enumeración encuentra su sustento en el propio lenguaje de la Convención que utiliza en español (sin discriminación alguna), portugués (*sem discriminação alguma*), inglés (*without any discrimination*) y francés (*sans distinction aucune*), cit, párr. 12.

71 - CIDH, *William Adrews contra Estados Unidos*, Caso 11.139, Informe No. 57/96, 6 de diciembre de 1996, párr. 174, Informe No. 37/02, Petición 12.001, Simone André Diniz, Brasil, 9 de octubre de 2002 (admisibilidad).

72 - CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala*, Caso 11.625, Informe No. 4/01, 19 de enero de 2001; CIDH, *Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil*, Caso 12.051, Informe No. 54/01, 16 de abril de 2001, párr. 2, 51 y 56, *María Merciadri de Morini contra Argentina*, Caso 11.307, Informe No. 103/01 (solución amistosa); CIDH, *María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú*, Caso 12.191, Informe No. 66/00 (admisibilidad), 3 de octubre de 2000, Informe No. 73/01, Caso 12.350, Bolivia, de 10 de octubre de 2001 (admisibilidad), Informe No. 51/02, Petición 12.404, Janet Espinoza Feria y otros, Perú, 10 de octubre de 2002 (admisibilidad), y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, cit, párr. 67.

73 - Informe N° 51/96, Caso 10.675, Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

74 - Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 10 de agosto de 1990, párr. 22, en lo referido a si se aplicaba el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente. La Corte estimó que si la posición económica de una persona (su indigencia) le impide hacer uso de los recursos internos "porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica".

Sin embargo, las categorías proscritas a los efectos del principio de no discriminación no son un número cerrado.<sup>76</sup> En todos los instrumentos internacionales la cláusula de no discriminación enumera las categorías antedichas y luego agrega una frase que denota que la enumeración es meramente ejemplificativa.<sup>77</sup> Esto se compadece con el desarrollo progresivo de nuestra disciplina. Así, aunque la preferencia sexual podía ser no es una de las categorías especialmente nombradas, en la sentencia del caso Salgueiro contra Portugal, la Corte Europea de Derechos Humanos interpretando una disposición similar sostuvo que la orientación sexual podía ser considerada como un motivo prohibido de discriminación.<sup>78</sup> Por ello, es necesario mantener abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente pero que de todos modos constituyen violación al principio de igualdad.<sup>79</sup>

75 - CIDH, *James Terry Roach y Jay Pinkerton contra Estados Unidos*, Caso 9.647, Informe No. 3/87, 27 de marzo de 1987; CIDH, *Andrés Aylwin Azócar y otros contra Chile*, Caso 11.863, Informe No. 137/99, 27 de diciembre de 1999.

76 - Ver en el mismo sentido, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-410/94, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz (no constituye un catálogo rígido o cerrado que excluya otros supuestos generadores de tratos discriminatorios).

77 - "...ni otra alguna" en la Declaración Americana, artículo II; "...o cualquier otra condición social" en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

78 - Corte EDH, Caso *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal*, Sentencia de 21 de diciembre de 1999. El Comité en el Caso *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) sostuvo que la discriminación basada en la orientación sexual constituía una forma de discriminación sexual.

79 - El artículo 1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares es la que contiene el catálogo más amplia de motivos prohibidos al estipular que: 1. La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, 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. De la misma manera, el artículo 7 de dicha convención dispone: Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por

Las distinciones basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados, a fin de que dichas distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible.<sup>80</sup>

motivos de sexo, 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.

80 - Numerosos tribunales internacionales y nacionales han impuesto a los gobiernos una carga redoblada de justificación de distinciones o clasificaciones basadas en factores como la nacionalidad, la raza, el color o el sexo. Véase, por ejemplo, CIDH, Informe N° 4/01 María Eugenia Morales de Sierra, Caso 11.625 (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36 (Las distinciones legales basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso), Corte Europea de Derechos Humanos, Abdulaziz vs. Reino Unido, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Ser. A. N° 94, párrafo 79 ("el impulso a la igualdad entre los sexos es hoy día una meta primordial de los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto significa que deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada en el sexo es compatible con la Convención") y Gaygusuz v. Austria, Sentencia del 16 de septiembre de 1996, Reports 1996-IV 1129, párrafo 42 ("deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada exclusivamente en motivos de nacionalidad es compatible con la Convención"). Suprema Corte de Justicia (Argentina), Repetto, Inés, 8 de noviembre de 1988, Jueces Petracchi y Baqué, párrafo 6 (toda distinción entre nacionales y extranjeros, con respecto al goce de los derechos reconocidos en la Constitución argentina, "se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad" y, por consiguiente cualquiera que sostenga la legitimidad de la distinción "debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquella, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'."), Corte Suprema de Estados Unidos; *Palmore vs. Sidoti*, 4666 US 429 (1984) (las clasificaciones raciales "están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos"); *Loving vs. Virginia*, 388 US 1, 87 (1967) (la cláusula sobre igualdad de protección de la Constitución "demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso"), Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 1024 del 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco (estableciendo la necesidad de la

A diferencia del criterio de la razonabilidad explicado en la sección anterior, el test estricto presenta elementos de análisis sumamente exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser reemplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores por la medida.<sup>81</sup>

Dentro de los motivos prohibidos de discriminación existen algunos que revisten particular gravedad, y que presentan *prima facie* un caso de discriminación, al menos en lo referido a que los miembros de los grupos que son tratados de modo diferente se encuentran en situaciones análogas. La discriminación por motivos de raza y sexo se encuentran entre esas categorías de sospecha.<sup>82</sup>

probanza plena de la justificación, probadamente necesarísima y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados; y, d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o, menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada.); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01 Magistrado ponente: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa (La Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio).

81 - Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01 Magistrado ponente: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa

82 - Corte EDH, Caso *East African Asians v United Kingdom*, 3 EHRR 76 (1976); Caso *Abdulaziz*, Sentencia de 1985, Serie A No. 94; Caso *Inze v Austria*, Sentencia de 1987, Serie A no. 126.



Esta situación puede encontrar sustento asimismo, en las menciones a tales categorías que se realiza en las Cartas de las Naciones Unidas y la OEA y en el caso de la discriminación racial, por ser una norma *ius cogens*, su prohibición. En todo caso, cualquier distinción basada en uno de los supuestos mencionados tiene una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado.<sup>83</sup>

Por otra parte, debe destacarse que en muchas ocasiones dos o más motivos de discriminación se encuentran presentes. Esta situación de intersección de la discriminación motivada en dos o más factores no ha pasado por alto y ha sido destacada como particularmente problemática por distintos órganos internacionales.<sup>84</sup>

Asimismo, toda distinción que afecte el pleno ejercicio de uno de los derechos reconocido en los tratados de derechos humanos deberá superar el mismo test estricto a fin de ser compatible con las obligaciones internacionales de los Estados. Los tratados de derechos humanos obligan a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. De allí que todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos

83 - La Corte Europea ha indicado que "notwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on religion alone is not acceptable", *Hoffmann v. Austria*, 23.6.1993, Series A 255-C, párr. 36. Véase, Jeroen Schokkenbroek, *The prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, 19 HRLJ 22. Sin embargo, en algunos tribunales del Caribe se entiende que la legislación siempre tiene la presunción de constitucionalidad y por ende, quien argumenta que la misma es discriminatoria debe probar que la misma es violatoria de la Constitución. Para probar ello es relevante tanto el efecto de la ley como la intención de la Legislatura. Ver Sir Denys Williams, *Equality before the Law: Interpretations by the Caribbean Courts*, en Byre and Byfield ed. *International Human Rights Law in the Commonwealth Caribbean*, pág. 236.

84 - Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, párr. 30 (La discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), CERD, Recomendación general XXV, Dimensiones de Género relacionadas con la discriminación racial.

consagrados en los tratados es, *per se*, incompatible con ésta.<sup>85</sup> En el mismo sentido, CERD ha sostenido que "cualquier distinción es contraria a la Convención si tiene el propósito o el efecto de menoscabar determinados derechos y libertades".<sup>86</sup>

En principio, los tratados de derechos humanos se aplican a todos los individuos bajo la jurisdicción de los Estados sin distinción alguna. Así, por ejemplo, la Convención Americana estipula en su artículo 1 que 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. De modo, que al menos los derechos humanos básicos deben ser respetados sin ninguna distinción.<sup>87</sup> Las distinciones que se establezcan en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales básicos, en tanto que constituyen una excepción a una regla básica de goce igualitario, deben ser de aplicación restrictiva.<sup>88</sup>

Todo ello sin perjuicio que algunos instrumentos internacionales prevén explícitamente ciertas distinciones.<sup>89</sup> Particularmente la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial estipula en su artículo 1 inciso 2 que la Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, res-

85 - Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53.

86 - CERD, Recomendación general XIV relativa al párr.1 del artículo 1 de la Convención, párr. 1.

87 - Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comentario General 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 2.

88 - Ver por ejemplo Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 1024 del 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco (La discriminación exige de una fundamentación porque constituye una excepción a un principio y quien alega tal situación tiene la carga de la prueba).

89 - Ver por ejemplo, el artículo 23 de la Convención Americana que se refiere a ciudadanos en lugar de personas y permite distinciones basadas entre otros motivos en la nacionalidad (artículo 23 incisos 1 y 2). Ver asimismo, Muñoz Q., Hugo, *El principio de no-discriminación y los derechos humanos*, en *Justicia y Discriminación en Costa Rica*, pág. 42.



tricciones o preferencias que haga un Estado parte entre ciudadanos y no ciudadanos<sup>90</sup>.

Aún en dichos casos, las distinciones permisibles no eliminan las obligaciones que surgen del régimen integral de protección de los derechos humanos basado en los principios de igualdad y no discriminación<sup>91</sup>.

#### IV. Las Acciones Positivas y la No-Discriminación

El principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los tratados.<sup>92</sup> La Corte ha dicho que "tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran".<sup>93</sup> Estas medidas son perfectamente compatibles con las disposiciones convencionales<sup>94</sup>.

90 - La Recomendación general XI relativa a los no ciudadanos, A/48/18, del CERD, párr. 3 (no debe interpretarse el párrafo 2 del artículo 1 en el sentido de que desvirtúa de algún modo los derechos y libertades reconocidos y enunciados en otros instrumentos, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Recomendación general XX relativa al artículo 5 de la Convención A/51/18, párr. 4 (muchos de los derechos y libertades mencionados en el artículo 5, como el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, beneficiarán a todas las personas que vivan en un Estado determinado; otros, como el derecho a tomar parte en las elecciones, a votar y a ser elegido, son derechos de los ciudadanos).

91 - *Idem* nota anterior.

92 - Ver Comité, Observación General No. 18, párr. 3.

93 - La Corte específicamente ha indicado, por ejemplo, que "en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño." Opinión Consultiva, OC-17/02, *op.cit.*, párr. 54.

94 - CIDH, Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la Compatibilidad ....., Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 *supra*, párrafo 10.

La exclusión de la discriminación no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población tradicionalmente discriminada. Por ello, distintas Convenciones particulares como la relativa a la discriminación contra la mujer, la de discriminación racial, las interamericanas contra la violencia contra la mujer o la discriminación contra las personas con discapacidad autorizan medidas positivas dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva dichos grupos sociales.

En este sentido, se puede citar la Convención Internacional para la Eliminación de Todas formas de Discriminación Racial que indica en su artículo 1 inciso 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<sup>95</sup>

Las acciones afirmativas corresponden a políticas que se impulsan respecto de ciertos grupos que históricamente han sido postergados, perjudicados y que se encuentran en desventaja. Ante tal situación la política parte del presupuesto de que no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere un impulso mayor, un trato especial o privilegiado.<sup>96</sup>

95 - Ver asimismo artículo 4 incisos 1 y 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 2 inciso b.

96 - Rodolfo Figueroa, Igualdad y Discriminación, pág. 36.

La Comisión Interamericana ha indicado que estas disposiciones reconocen que, aun en los casos en que se reconoce la igualdad como una cuestión de derecho, esto no equivale a una garantía de igualdad de oportunidad y trato. Por lo tanto, se permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidad<sup>97</sup>.

A fin de determinar la compatibilidad de las medidas especiales de acción afirmativa con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los tratados de derechos humanos la práctica internacional ha dividido el análisis en tres partes: Primero, ¿provoca la medida una diferencia en el trato que se sitúe dentro del campo de aplicación de los instrumentos internacionales? Segundo, si lo hace, ¿tiene esa diferencia en el trato un objetivo legítimo? Este análisis toma en consideración los intereses que el Estado procura atender y los objetivos que pretende lograr. Tercero, ¿son los medios empleados proporcionales al fin que se persigue? En otras palabras, ¿hay un equilibrio razonable de intereses entre el fin que se persigue y cualquier restricción que se imponga sobre los derechos? Si se trata de una restricción, ¿se ha impuesto la medida menos restrictiva posible para alcanzar el objetivo que se persigue? ¿Es el trato en cuestión arbitrario o injusto en cualquier caso? La evaluación de estas cuestiones debe tomar en cuenta que una distinción basada en la condición, por ejemplo en el sexo o raza, da lugar a un escrutinio más riguroso, tal como se explicó más arriba<sup>98</sup>.

Así las cosas, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales en principio, no son contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta la sola condición de pertenencia a un grupo social para predicar la compatibilidad de supuestas medidas protectoras con las normas sobre igualdad y no discriminación. Por el contrario, deben

97 - CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad ..... ob. cit.

98 - Idem, Sección C.

concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen.<sup>99</sup>

## V. La Igualdad Ante la Ley y la Igual Protección Ante la Ley

La igualdad ante la ley se encuentra recogida en los artículos de la Convención y 26 del Pacto que respectivamente estipulan:

### Artículo 24

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

### Artículo 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 26 del Pacto tiene una importancia especial por incluir los cuatro aspectos sustanciales de la no discriminación y la igualdad, esto es la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley, la prohibición legal contra toda discriminación y la protección contra toda discriminación. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por

99 - Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-410/94, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto<sup>100</sup>.

La prohibición de la discriminación no puede interpretarse aisladamente del principio de la igualdad ni viceversa. Así, si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer sus derechos, encuentra que por cualquier de los motivos prohibidos en las convenciones se le impide hacerlo queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley<sup>101</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Europa ha indicado que la prohibición de toda discriminación no es sino la expresión específica del principio general de igualdad, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado<sup>102</sup>. La relación

100 - Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, párr. 12.

101 - Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr 22.

102 - Véase entre otros sentencias de 20 de septiembre de 1988, España/Consejo, 203/86, Rec. p. 4563, apartado 25; de 17 de abril de 1997, EARL de Kerlast, C-15/95, Rec. p. I-1961, apartado 35, y de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros, C-292/97, Rec. p. I-2737, apartado 39. Ver asimismo, la opinión disidente del Juez Tanaka en el South West Africa Case (Second Phase), International Court of Justice, 1966, pág. 284 (el principio de igualdad ante la ley no excluye el trato diferente de personas debido a la consideración de diferencias fácticas. El tratamiento igualitario de cuestiones diferentes de una manera mecánica sería tan injusto como tratar situaciones iguales diferencialmente). Esta es la formulación generalmente aceptada por tribunales nacionales. Ver por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) Fallos 198:112 ("la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los se otorga a otros en igualdad de condiciones"). Tribunal Constitucional de Colombia, C-530 de 1993 (el principio de igualdad exige "ofrecer un tratamiento similar a todos cuantos se encuentran en similares condiciones."), Corte Suprema de Justicia de México, Amparo en revisión 173/2002. 10 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lucila Castelán Rueda. Secretario: Rafael Andrade Bujanda (los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio ni favoritismo alguno). Para la jurisprudencia argentina ver Garay, Alberto, La igualdad ante la

entre la igualdad y la no-discriminación se ha explicado comúnmente como el aspecto afirmativo y el aspecto negativo de un mismo principio; como las dos caras de una misma moneda.<sup>103</sup>

La relación simbiótica entre la igual protección ante la ley y la no discriminación ha sido explicada por la CIDH de la siguiente manera:

Una persona que goza de igual protección y reconocimiento ante la ley está facultada para actuar a fin de asegurar otros derechos ante actos públicos o privados. A la inversa, la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias<sup>104</sup>.

La igualdad ante la ley o igualdad normativa se refiere a la exigencia de que los contenidos de la ley deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. Mientras que igualdad ante la ley hace referencia no al contenido sino a la aplicación, que exige que la autoridad administrativa o judicial encargada de aplicar la ley lo realice de manera igualitaria.<sup>105</sup>

La garantía de igual protección ante la ley importa la protección judicial de tal derecho, no solamente cuando ha sido violado por instituciones o agentes públicos sino por particulares en perjuicio de otros particulares.<sup>106</sup> También significa que todos

ley, Abeledo Perrot, 1989. Para la jurisprudencia colombiana ver Henrik López Sterup, Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia, Ponencia presentada en la Ciudad de Santa Cruz de la Sierra, mayo de 2002. II Curso Regional Andino para Profesores de Derecho y Funcionarios de Organizaciones no-gubernamentales de Derechos Humanos.

103 - Ver por ejemplo Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984, Voto Separado del Juez Piza, párr. 10.

104 - CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr. 52

105 - Rodolfo Figueroa, Igualdad y Discriminación, pág. 47.

106 - Nicolás Espejo Yaksic, La Garantía de la No-Discriminación y el Principio de Igualdad, pág.73. Véase CIDH, Informe N° 37/02, Admisibilidad, Petición 12.001, Simone André Diniz, Brasil, 9 de octubre de 2002, párr. 21 (La Comisión observa que los hechos respecto de los cuales se alega discriminación racial no se atribuyen directamente al Estado y sí a un particular. No obstante, alegan

los derechos serán igualmente protegidos a todos los individuos sin discriminaciones arbitrarias.

El principio de igualdad ante la ley complementa la prohibición general de discriminación. Particularmente, el artículo 24 de la Convención y 26 del Pacto extiende al derecho interno la obligación de no introducir regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley<sup>107</sup>. De ello se deriva en primer término que el derecho de igualdad ante la ley "prohíbe todo trato discriminatorio que tenga su origen en una norma legal"<sup>108</sup>.

La Corte ha dicho que "una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza". En este supuesto, sostuvo la Corte, "la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición"<sup>109</sup>.

En segundo lugar, el derecho a igual protección de la ley exige que la legislación nacional acuerde las protecciones sin discriminación<sup>110</sup>. En tercer lugar, la igualdad ante la ley establecida en los artículos 24 de la Convención y 26 del Pacto establecen un derecho autónomo e independiente. El Comité ha explicado que el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2, relativa a la obligación genérica de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto sin discriminación sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas<sup>111</sup>.

violaciones de la Convención en relación con la respuesta dada a los hechos por el Estado a través de sus órganos judiciales, que corresponde a la Comisión analizar en la etapa de fondo).

107 - Opinión Consultiva OC-4, cit., párr. 54.

108 - CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad ... op.cit. Sección B.

109 - Corte I.D.H., Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva, OC-14-94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 43.

110 - CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr.31.

111 Comité, Observación General N° 18, op.cit., párr. 12. Ver Nowak Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, pág. 465 y

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación tanto en el Pacto como en la Convención se extiende incluso respecto de derechos no reconocidos en dichos instrumentos.

En los casos Broeks y Zwaan-de Vries contra Holanda decididos por el Comité donde se alegaba que conforme a la ley holandesa una mujer casada, para recibir beneficios de desempleo, tenía que probar que era jefa de hogar requisito que no se exigía a los hombres casados. Es decir, se alegaba una discriminación respecto de derechos no garantizados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos sino en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sostuvo que los Estados no están obligados a

Ramcharan, B.G., Equality and Nondiscrimination, en Henkin Louis, The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights, Ed. Columbia University Press, 1981, pág. 253. Esta aproximación es una diferencia con la jurisprudencia europea que no entiende que la Convención Europea establezca un derecho autónomo a la igualdad y la no-discriminación. Por el contrario, siempre exige que se encuentre en juego uno de los derechos fundamentales reconocidos en el convenio europeo. Es decir, nunca puede haber una violación del artículo 14 aisladamente, sino que siempre debe ser en conexión con otro artículo de la Convención. Ello no significa que se requiera que haya violación del derecho sustantivo en cuestión, sino tan solo que pueda argumentarse que hay discriminación en relación con tal derecho convencional. Ver Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6, 1 EHRR 252, Section I B, para. 9. Sin embargo, la práctica europea cambiará una vez que entre en vigencia el Protocolo 12 del Convenio Europeo titulado Prohibición General de Discriminación. El Protocolo en su artículo 1 estipula que el goce de los derechos establecidos por las leyes debe ser garantizado sin discriminación por motivos como el sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otro clase, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otra condición. Agrega el inciso 2 que nadie puede ser objeto de discriminación por parte de las autoridades públicas por ninguno de los motivos mencionados. Ver Council of Europe, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report. En la jurisprudencia europea, la Corte por lo general analiza las siguientes cuestiones a fin de determinar si hay una discriminación que denota el carácter no autónomo del principio de igualdad y no-discriminación y el margen de apreciación reconocido a los Estados: 1. Se encuentra la denuncia por discriminación dentro de la esfera de uno de los derechos protegidos? 2. Hay violación de una norma sustantiva de la Convención? 3. Hay una diferencia de tratamiento? 4. La diferencia de tratamiento persigue un objetivo legítimo? 5. Son los medios empleados proporcionales al objetivo legítimo? y 5. Avanza la diferencia de tratamiento más allá del margen de apreciación del Estado? Jacobs y White, The European Convention on Human Rights, 1996, págs. 290 a 292.

dictar legislación que provea de seguridad social, pero una vez que la dictan, ella debe cumplir con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. En consecuencia tanto el derecho de igualdad ante la ley, como el derecho a igual protección de la ley pueden ser violados incluso si la discriminación se establece respecto de un derecho no reconocido en el Pacto<sup>112</sup>.

La igual protección de la ley se refiere a los recursos que los tratados incluyen para la protección de los derechos garantizados<sup>113</sup>. La Corte ha reiterado que no es suficiente que dichos recursos existan formalmente sino que los mismos deben tener efectividad<sup>114</sup>, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos. Ello se refiere particularmente a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra las violaciones de derechos fundamentales<sup>115</sup>. Dicho recurso debe funcionar igualitariamente a fin de garantizar la igual protección ante la ley.

El principio de igual protección ante la ley requiere que cualquier persona pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.<sup>116</sup> Dada la importancia de la igualdad como elemento del debido proceso, la Corte ha dicho 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

112 - Comité DH, Caso *S.W.M. Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40)(1987) y *F.H. Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40)(1987).

113 - Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 23.

114 - *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125.

115 - *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163.

116 - Corte I.D.H., El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 117.

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 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<sup>117</sup>.

En función de la importancia de un recurso judicial como requisito de la igualdad, la Comisión Interamericana ha entendido que existe discriminación contra las mujeres agredidas por violencia doméstica si debido a la ineficacia y negligencia del sistema judicial respectivo y la inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales no se procesa y condena a los agresores. Ello constituye a criterio de la Comisión una práctica discriminatoria.<sup>118</sup>

## VI. Conclusión

El Juez Cançado Trindade nos recuerda que

“aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social, que, al valorizar la violencia y la agresividad, relega a una posición secundaria las víctimas, olvidándose de que el ser humano representa la fuerza creadora de toda comunidad. El sufrimiento humano tiene una

117 - Idem, párr. 119.

118 - CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil, 16 de Abril de 2001, párrs. 47 y 52.

dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo"<sup>119</sup>.

Indudablemente, el sufrimiento humano causado por la discriminación, la marginación, la intolerancia no puede ser soslayado. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como nos recuerda el Profesor Cançado Trindade no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes<sup>120</sup>.

El presente artículo inspirado en estas ideas del Juez Cançado ha buscado simplemente esbozar algunas de las potenciales respuestas jurídicas a estos desafíos impostergables de crear sociedades más justas, solidarias, tolerantes, integradas e igualitarias.

**DEREC  
DISCAPACI  
UNIDA**

### **Introducción**

El presente artículo trata del tema de las relaciones entre el derecho y el ámbito de la discapacidad.

La relación entre el derecho y, a la vez, entre el derecho y las personas, aparece en todas las partes de esas relaciones. En el caso de los niños con discapacidad, el tipo de educación que reciben fortalece el vínculo con la sociedad y reduce la exclusión social.

119 - Corte I.D.H., Caso de los "Niños de la Calle" (Villagraán Morales y otros) Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 21.

120 - Corte I.D.H., Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.

\* Catedrático de Derecho de España; Coordinador del Centro de Estudios Internacionales, Universidad de Valencia.  
\*\* Profesora Titular de Derecho de Valencia, España