

**IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO
INTERNACIONAL**

WARWICK McKEAN

Equality and Discrimination Under International Law), Clarendon Press, New York: 1983
(Introducción pag. 1-13).

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas constantes que constituye la base de las grandes luchas históricas por la justicia social es la demanda de igualdad. Maine señaló que el derecho antiguo era básicamente una jurisprudencia de desigualdades personales en las cuales cada persona poseía una posición social impuesta independientemente de su voluntad, producto de circunstancias que escapaban a su control, de modo que su situación legal dependía de si era hombre libre o esclavo, noble o plebeyo, nacional o extranjero, hombre o mujer. La mayor parte de las diferencias de posición se debían a “desigualdades naturales” en el sentido de que dependían de circunstancias ocasionadas por el origen por nacimiento y a otros hechos inmodificables.¹ La posición era la pertenencia a una clase social a la que el derecho asignaba ciertas capacidades o incapacidades legales.

La desigualdad existe en forma extrema en sociedades estructuradas conforme a graduaciones jerárquicas de rangos y privilegios, como sucede en el sistema feudal, el régimen de castas de la India y el apartheid en Sudáfrica.² La generalización de la esclavitud en muchas sociedades permitió que existiera una clase dedicada al ocio y, bajo el derecho romano, un esclavo no podía tener bienes ni suscribir contratos.³ En la mayoría de los primeros sistemas legales, el matrimonio era una relación en la que el marido poseía los bienes de forma que la mujer no pudiera enajenarlo *inter vivos* o por testamento ni pudiera ejecutar contratos actuando a su propio nombre.

Diversas leyes prohibían a los judíos ser propietarios de bienes mientras que los hijos ilegítimos eran objeto de graves incapacidades en relación con la herencia. Maine demostró que la mayoría de los tipos más antiguos de desigualdades personales se estaban eliminando en las “sociedades progresistas” en las que ya no se consideraban justificables debido a las condiciones económicas y al avance del conocimiento científico y la comprensión humana. Los plebeyos romanos se levantaron contra la autoridad exclusiva de los patricios basándose en el hecho de que las desigualdades políticas existentes no tenían fundamento alguno en la realidad social mientras que la Revolución francesa y la Revolución rusa fueron producto, principalmente, de la discriminación de los nobles contra la clase media y los trabajadores en tanto que la Revolución estadounidense fue el resultado del trato injusto por parte de Gran Bretaña. De igual manera, los Cartistas buscaron obtener el derecho a voto para la clase obrera porque, desde el decenio de 1830 se consideraba inadmisibles basar el derecho a voto exclusivamente en requisitos relacionados con la propiedad de bienes. Nada contribuye más a la causa de un grupo objetivo que demostrar que no existe

¹ T. E. Holland, en su *Jurisprudence* (Clarendon Press, Oxford, XIII edición, 1924). 261 identificó 16 variedades de posiciones, a saber: género, minoría, *patria potestas* y *manus*; estado de una mujer casada; celibato; defectos mentales; defectos corporales; rango; casta y posición oficial; raza y color de la piel; esclavitud; profesión; muerte civil; ilegitimidad; herejía; nacionalidad extranjera; y nacionalidad hostil. C. K. Allen en su ensayo “Status and Capacita”, 46 *LQR* (1930), 277, 284 agregó la criminalidad y la quiebra. Véase, asimismo, R. H. Graveson, *Status in the Common Law* (Athlone Press, Londres 1953).

² Véase, en general, Bodenheim, *Jurisprudence, the Philosophy and Method of the Law* (Harvard University Press, (Cambridge, Mass., 1962), 179 y siguientes, para un completo análisis del tema.

³ *Institutes* i. 144.

base razonable para el trato desigual. Paine opinaba que “la desigualdad de derechos ha sido la causa de todos los disturbios, insurrecciones y guerras civiles que han ocurrido”.⁴

Wollheim estima que la igualdad puede ser considerada el principio fundamental del liberalismo⁵ y que es un principio profundamente arraigado en el pensamiento humano que, a menos que exista una razón válida que sea reconocida como suficiente por algún criterio identificable, una persona no debería ser preferida por sobre otra.⁶ Cahn pensaba que el sentido de injusticia se rebela contra todo aquello que es desigual por capricho⁷ o, como dice Brecht “es injusto discriminar arbitrariamente en casos iguales”.⁸ Se ha demostrado que los niños se rebelan contra la discriminación plenamente arbitraria y caprichosa⁹ y que en la sociedad la cooperación es promovida por la imparcialidad e impedida por la discriminación.¹⁰

A pesar de que la importancia del principio de igualdad como ideal es evidente, el contenido de dicho principio no es, ni con mucho, irrefutable. Según James Fitzgerald Stephen,¹¹ la “igualdad” es un término tan amplio y tan vago que, por si sola, casi carece de sentido. La esencia de la “igualdad” como componente de la “justicia” ha sido buscada por muchos. Aristóteles creía en una forma de justicia distributiva o proporcional en la que debe darse lo mismo a personas iguales y no se debe dar lo mismo a quienes no son iguales o bien, como señala Ulpiano *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*¹² Esta formulación de *suum cuique* no contiene una referencia explícita al concepto de igualdad pero reconoce implícitamente que personas de posiciones similares no debieran ser tratadas de manera desigual. Evidentemente, la debilidad de esta doctrina es que no hace el más mínimo esfuerzo por responder a la pregunta “¿Cuáles diferencias son pertinentes y cuáles no lo son para determinar si las personas son iguales o no?”. El hecho es que el concepto de “igualdad” es un término que se emplea de muchas maneras diferentes¹³ y esta diversidad en su uso ha sido una constante fuente de confusión. ¿Significa, simplemente, “equivalencia” o bien “identidad”? ¿Cuál es su relación con otros principios de justicia social? ¿Es un principio puramente formal o tiene algún contenido? Y, en tal caso, ¿cómo ha de descubrirse?

Si se toma la aseveración de la Declaración de Independencia de Estados Unidos de que “...sostenemos como evidentes estas verdades: que

⁴ Thomas Paine *Works*, Ed. J. P. Mendon (1878), i. 454-5; Bodenheimer, op. cit.

⁵ R. Wollheim, “Equality and Equal Rights”, en F. A. Olafson, Ed., “*Justice and Social Policy* (Prentice-Hall, Englewood Cliffs N. J., 1961), 127.

⁶ Sir Isaiah Berlin, “Equality as an Ideal”, *56 Proceedings of Aristotelian Society* (1955-6). 301, reimpresso en Olafson, 128, 149.

⁷ E. N. Cahn, *The Sense of Injustice, An Anthropocentric View of Law* (New York University Press, 1949), y *The Predicament of Democratic Man* (Macmillan, Nueva York, 1961).

⁸ *Social Research* (1939), 58, 76.

⁹ Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child*, traducción M. Gabin (1932).

¹⁰ R. F. Bienenfeld, *Rediscovery of Justice* (Allen and Unwin, Londres, 1947), 19-27.

¹¹ J. F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (Cambridge University Press, 1873). 201.

¹² *Digest*, I, 1, 10 (Véase, además, Marco Tulio Cicerón, *De Finibus Bonorum et Malorum*, Libro V).

¹³ R. H. Tawney, *Equality* (Allen and Unwin, Londres, 1952), 35.

todos los hombres son creados iguales” en forma textual, claramente carece de sentido. Dado que la naturaleza entrega sus dones de manera caprichosa, toda persona es diferente en lo que se refiere a cada característica física, intelectual y moral que se pueda enumerar.¹⁴ Nietzsche resumió su crítica de esta máxima señalando que “La igualdad de los hombres es la mayor mentira que se ha contado”.¹⁵ Sin embargo, esta aseveración no pretendía ser tomada en el sentido de que los hombres nacen con las mismas aptitudes y capacidades¹⁶ sino más bien en el sentido de una “igualdad artificial”, que se debe intentar lograr como objeto deliberado de la política social¹⁷ es decir, al diferenciar a los seres humanos en tanto miembros de una sociedad, las distinciones tales como género, raza, color de la piel, religión e idioma no debieran tomarse en cuenta en casos que no sean estrictamente pertinentes al objetivo de la clasificación específica.

En su excelente ensayo “Equality as an Ideal” Berlin respalda el principio de que los seres humanos debieran ser tratados en todo sentido de manera *uniforme e idéntica* salvo cuando existen razones suficientes para hacer lo contrario.¹⁸ De allí surge la pregunta: “¿Cuáles razones son suficientes y por qué? y ¿Cuáles atributos son pertinentes y por qué?” Para responder estas preguntas evidentemente es necesario tomar en cuenta otros valores que no tienen relación con la igualdad. Habitualmente, se objetan las diferencias basadas en desigualdades naturales, tales como las derivadas del nacimiento¹⁹ mientras que otras, provenientes de los méritos o la eficiencia, generalmente no son objeto de rechazo. El tema de qué constituye una distinción razonable y pertinente debe ser determinado haciendo referencia a otros valores sociales que pueden cambiar con el tiempo.

Kelsen interpreta el significado del principio de igualdad en el sentido de que solamente los iguales deben ser tratados de igual manera. Afirma que la cuestión decisiva “¿Qué es igual?” no puede ser respondida por el principio y que, en consecuencia, un orden jurídico positivo puede hacer que cualquier diferencia entre los seres humanos constituya la base de un tratamiento diferente para sus súbditos sin entrar en conflicto con el principio de igualdad,

¹⁴ Frankel, “The New Egalitarianism and the Old”, *Commentary* (septiembre de 1973), 58; J. Rawls, *A Theory of Justice*, (Oxford University Press, 1971); G. Evans, “Benign Discrimination and the Right to Equality”, 6 *Fed. L., Rev.* (1974), 26.

¹⁵ Véase *Gesammelte Schriften* (Edición Musarion), XV, 488, XVI, 200.

¹⁶ Aunque no deja de ser verdad, en cierta medida. En su contenido mínimo necesario para un sistema jurídico de derecho natural, Hart incluye la noción de “igualdad aproximada”. Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961), 190-1. Véase, asimismo, B. Williams, “The Idea of Equality” en Laslett y Runciman, Eds., *Philosophy, Politics and Society*, 2nd. Ser., (Basil Blackwell, Oxford, 1962) 110-31.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Lester Ward, *Applied Sociology*, 22.

¹⁸ Berlin, 128 (cursiva agregada); cf. M. Ginsberg, *On Justice in Society*, (Penguin, Harmondsworth, Middlesex, 1965), 11, 42.

¹⁹ Véase, por ejemplo, H. Spiegelberg, “A Defense of Human Equality”. 43. *The Philosophical Review* (1944), 101. (Aristóteles estaba dispuesto, sin embargo a aceptar ciertas desigualdades naturales. “Es evidente que por naturaleza unos hombres son libres y los otros esclavos y a estos les conviene más la esclavitud y es justo que la ejerzan. Asimismo como el macho, comparado con la hembra, es por naturaleza el más principal, y ella inferior; y él es el que manda y ella la que obedece”. (*Politics*, 1255a, 1254b, 1252b). Véase también R. Dahrendorf, “On the Origins of Social Inequality” en Olafson, op. cit., 88.

el cual es demasiado vacío como para tener consecuencias prácticas.²⁰ Este enfoque puramente formal de la igualdad es inadecuado dado que el principio, como se lo entiende por lo general, posee un “contenido mínimo” de “equidad” o de “justicia” que se deriva de las normas comunitarias vigentes. Exige que cualquier clasificación de las personas sea “razonable” y “no arbitraria”. Como señaló Castberg, “En cualquier parte, una ley que imponga impuestos especiales a personas con brazos largos o piernas cortas, a colorines u orejones, sería considerada injusta e injustificable, independientemente de si la ley se aplica correctamente conforme a su contenido.”²¹ La igualdad no se limita al principio normal de que las personas clasificadas de una forma particular, independientemente de cuán irracional o arbitraria la catalogación, deban ser tratados de la misma forma *inter se*.

Los filósofos concuerdan de manera bastante generalizada que hay una presunción a favor de la igualdad “matemática”, es decir, que la gente debiera ser tratada esencialmente de forma uniforme a menos que existan razones “comprensibles” o “pertinentes” que justifiquen un trato diferente.²² Aristóteles fue uno de los primeros en sugerir que las desigualdades sociales, y no las igualdades, requieren cierto grado de justificación y que las desigualdades sociales respecto de las cuales no se pueda proporcionar una razón, no se justifican. Se ha dicho que “los hombres no debieran ser tratados en forma desigual o diferente en ningún sentido excepto con justificación, es decir, hasta que se demuestren razones válidas para la discriminación”.²³ “Siempre debieran existir razones suficientes para cualquier diferencia en el trato de nuestros congéneres”.²⁴ “por cada diferencia en la forma de trato de los hombres, deberá darse una razón: Cuando además se requiere que las razones sean relevantes y socialmente efectivas, esto es verdaderamente significativo”.²⁵

Frecuentemente, quienes ejercen la discriminación basada en el color de la piel conceden que hay necesidad de dar razones aceptables para el trato diferencial. Podrían llegar a aceptar que las personas tienen derecho a ser tratadas de la misma manera a menos que exista un principio general y pertinente de diferenciación, afirmando sin embargo que dicho principio existe, es decir, que algunos son negros y otros no lo son. No argumentarían que la diferencia de color de piel en sí constituye una razón apropiada sino que tiene relación con otras características y actitudes que son relevantes como por ejemplo la falta de sensibilidad, la estupidez, la imposibilidad de aprender, la irresponsabilidad, u otras. Las supuestas características que determinan las diferencias generalmente se basan en generalizaciones incorrectas, en

²⁰ Hans Kelsen, “What is Justice?”, *Collected Essays* (University of California Press, Berkeley, Calif., 1957), 15.

²¹ Frede Castberg, “Natural Law and Human Rights” en 1 *Les droits de l’homme: Revue de droit international et comparé*, 15, 20.

²² Una jerarquía de normas aparece en Geoffrey Marshall “Notes on the Rule of Equal Law”, en J. R. Pennock y J. W. Chapman, Eds., *Nomos IX* (1967), 261.

²³ W. von Leyden, “On Justifying Inequalities”, 11 *Political Studies* (1963), 56, 67, (Véase, asimismo, S. I. Benn y R. S. Peters, *Social Principles and the Democratic State*) (Allen and Unwin, Londres, 1959).

²⁴ Leslie Stephens, “Social Equality” en *Ethics* (1897).

²⁵ Williams, en Laslett and Runciman, 110, 123.

argumentos engañosos o anticientíficos o simplemente en la falta de información.²⁶

Laski ha señalado que “es coherente con el principio de igualdad que los hombres sean tratados de manera diferente siempre y cuando las diferencias sirvan al bien común”.²⁷ Es importante destacar que este autor no sostiene que es coherente con el principio de igualdad que algunos seres humanos sean tratados de manera desigual. Por el contrario, Laski afirma que el principio de igualdad abarca la posibilidad de trato diferencial; no requiere que se trate a las personas de forma idéntica. Algunos incluso se aventurarían más allá aseverando que cuanto más se esfuerce una sociedad para lograr la igualdad en la consideración de todos sus miembros, tanto mayor será la diferencia de trato.²⁸

Si la igualdad normativa (la justicia social) permite y, en ocasiones requiere ciertas excepciones en cuanto a la igualdad numérica o identidad de tratamiento ¿cómo debe decidirse cuáles diferencias son permisibles? El enfoque utilitario de “la mayor felicidad del mayor número de personas” plantea dificultades de cuantificación y podría dar origen al desprecio por los intereses de la minoría. Por otra parte, Rawls arguye a favor de un modelo contractual de igualdad normativa en el sentido de que las disposiciones sociales equitativas son las que resultan de una mutua aceptación del principio básico por parte de una comunidad de egoístas racionales que intentan organizar una nueva sociedad pero que desconocen su posición al interior de la misma. Los dos principios resultantes son: (1) cada persona tendrá el mismo derecho a la más amplia libertad compatible con idéntica libertad para todos y (2) el único trato diferencial permitido en la esfera económica y social será el diseñado para el mayor beneficio de los menos aventajados o aquel asignado a determinadas agencias y situaciones igualmente accesibles a todos.²⁹ Los criterios que de ahí emanan como razones adecuadas para el trato diferencial incluyen la necesidad, el merecimiento o mérito y la compensación, pero cómo se han de clasificar depende de la naturaleza y la magnitud de la reivindicación específica.³⁰

Evidentemente, una dificultad primordial que presenta el término “igualdad” es que se utiliza tanto en su acepción amplia como reducida. En primer lugar, se puede emplear en el sentido de una igualdad “matemática”, “exacta”, “estricta” o “numérica” que incluye las ideas de “identidad o “uniformidad”. Alternativamente, se emplea en el sentido de una igualdad “verdadera” “eficaz”, “real”, “auténtica” “normativa”. Esta segunda opción

²⁶ Ibid. 113, y Richard Wasserstrom, “Rights, Human Rights and Racial Discrimination”, 61 *Journal of Philosophy* (1964) 628, 638-9.

²⁷ H. J. Laski, “A Plea for Equality” en *The Dangers of Obedience* (1930), 232. Cf. W. K. Frankena, “The Concept of Social Justice”, en R. B. Brandt, Ed., *Social Justice* (Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1962).

²⁸ Véase, por ejemplo, R. H. Tawney, op. cit., 39; J. Stone, *Human Law and Human Justice* (Stevens, Londres, 1965). 334.

²⁹ Rawls, 302. Véase R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Basil Blackwell, Oxford, 1974) y V. Haksar, *Equality, Liberty and Perfectionism* (1979) publicaciones en las que aparece una crítica de la teoría de Rawls.

³⁰ Véase Evans, op. cit.

implica un estándar que se debe alcanzar y contempla la posibilidad de “medidas especiales” o diferencias de trato establecidas con el fin de elevar a las personas a un nivel determinado. Así, entregar el mismo monto de dinero a los jubilados constituye un ejemplo de igualdad numérica o igualdad formal de trato. Entregarles cantidades diferentes para que sus ingresos alcancen una cifra establecida sería equivalente a aplicar el principio de la igualdad real o auténtica (normativa). En consecuencia, esta última idea implica la noción de trato compensatorio o justicia distributiva. Se entrega un estímulo a ciertas personas o grupos desfavorecidos con el fin de colocarlos al mismo nivel básico que los demás, empleando la analogía del sistema de handicap que se utiliza en muchos deportes.³¹

Algunos filósofos han sostenido que adherir a la máxima de “a cada uno según su necesidad” es ejercer “la forma más perfecta de distribución equitativa”.³² Raphael sostiene que adoptar medidas especiales, darle a alguien que sufre de alguna desventaja de algún tipo oportunidades similares a las que gozan los demás, equivale a darle un trato igual al de los otros. Afirma que “Aparentemente existe la desigualdad solamente porque el medio que se requiere en estas circunstancias para darle un trato igualitario al de otra gente es diferente al que se emplea con otras personas”.³³ En términos similares von Leyden arguye que tratar a la gente de forma desigual es injustificable excepto cuando es necesario hacerlo para tratarlos con igualdad en otro aspecto más “importante” o “fundamental”.³⁴ Pareciera que aquí está empleando “desigual” en el sentido numérico y el concepto de “igualdad” en su acepción normativa y que está haciendo una distinción entre ambos conceptos.³⁵ Este tipo de análisis ha sido criticado por otros, particularmente por Bedau, quien opina que “Las personas habrán [recibido] una distribución igualitaria, un trato igualitario o derechos igualitarios, etc. única y exclusivamente si han recibido la *misma* distribución, trato, derechos”.³⁶ Esta es una clara afirmación de la interpretación formal. En su opinión, el otro punto de vista era un intento de justificar las desigualdades a nombre del igualitarismo, lo que conduciría a “la irónica consecuencia” de que, a menudo, la justicia humana debe ser la justicia de la simple igualdad sencillamente debido a las dificultades que implica asignar las igualdades proporcionales en forma justa.³⁷ Ciertamente Bedau tiene razón al señalar que algunos autores han utilizado la igualdad en dos sentidos diferentes pero su solución de descartar la noción de la igualdad distributiva o real, es difícil de poner en práctica puesto que se ha convertido, como se demostrará, en el uso establecido en la interpretación de la igualdad en los instrumentos legales. Dworkin distingue el derecho al “trato igualitario” que, en su opinión requiere del enfoque numérico, del derecho al “trato como iguales” que no implica el derecho a que se asigne en forma igualitaria (es

³¹ Véase *Equality* (1965), colección de ensayos de R. L. Charter, D. Kenyon, P. Marcuse, L. Miller, 91-2; asimismo, Stanley I. Benn, “Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests”, *Nomos IX*, 63, 75.

³² Por ejemplo G. Vlastos “Justice and Equality” en Brandt, 31; y D. D. Raphael, “Equality and Equity”, *21 Philosophy* (1946), 118.

³³ Raphael, 126.

³⁴ Wolfgang von Leyden, “On Justifying Inequality”, 11 *Political Studies*, (1963) 56, 68.

³⁵ Además cf. Frankena, op. cit., 23 “La justicia social es el trato igualitario (si bien no siempre el [trato] similar) de todas las personas, al menos a largo plazo”.

³⁶ H. A. Bedau, “Egalitarianism and the Idea of Equality”, *Nomos IX*, 3, 7.

³⁷ *Ibid.*, 25.

decir, idénticamente) alguna carga o beneficio sino el derecho a “ser tratado con el mismo derecho y preocupación que los demás”.³⁸

Si el término “igualdad” cuando se utiliza sin limitaciones se interpreta en el sentido de igualdad normativa conforme al significado señalado anteriormente y la palabra “diferencia” o “diferenciación” se emplea para expresar la idea de desigualdad exacta o numérica³⁹ se evitarán muchos problemas. Honoré ha intentado resolver el problema del uso denominando “justicia social” a lo que aquí se llama igualdad normativa y utilizando el término “igualdad” en el sentido de igualdad numérica.⁴⁰ Aunque esta solución es interesante, no es ideal por las razones ya explicadas, es decir, el enfoque igualdad-normativa que implica la noción de “compensación especial” ha aumentado su aceptación en las interpretaciones legales del concepto de igualdad. Por ejemplo, Freedman infiere de la revisión de algunos casos en que la Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que la cláusula de igualdad de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución era “coherente con la idea de igualdad si no *consubstancial a ella*, es el reconocimiento de que la desigualdad de tratamiento (trato compensatorio) puede ser necesaria para proporcionar una aproximación a la igualdad de posición”.⁴¹ De igual modo, el concepto de medidas especiales de protección diseñadas para promover la igualdad real o verdadera se ha convertido en parte de la idea de protección igualitaria conforme a las leyes en las constituciones de otros estados, especialmente de la India, y está firmemente establecida en el derecho internacional.

Se verá que, en el derecho internacional, el concepto de igualdad de las personas incluye dos ideas complementarias: (1) *el principio de no discriminación*, que constituye un aspecto negativo de la igualdad diseñado para prohibir la diferenciación basada en fundamentos irrelevantes, arbitrarios o absurdos; y (2) *el principio de protección o medidas especiales* diseñadas para lograr la igualdad “positiva”. En ocasiones, el segundo de estos principios se denomina discriminación “inversa” o “benigna” pero estas etiquetas son engañosas e insatisfactorias. El significado y contenido del término “discriminación” ha sido motivo de muchas dificultades entre los abogados como lo ha sido el término “igualdad” entre los filósofos. ¿Significa *simpliciter* “diferenciación”? o ¿ha llegado a adquirir un significado especial de “desfavorable” o distinción odiosa en derecho? Otras preguntas que surgen incluyen, *inter alia*, “¿Mediante qué criterios se debe medir la calidad de la clasificación de las personas o un conjunto específico para poder determinar si ofende al principio de igualdad? y ¿Quiénes deberán establecer tales criterios?”

En su uso común, la “discriminación” tiene varios significados. Puede ser utilizada de manera neutral simplemente como una distinción o

³⁸ R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Duckworth, Londres, 1977), 227.

³⁹ Por ejemplo, Laski, N° 27, *supra*.

⁴⁰ A.M. Honoré “Social Justice”, 8 *McGill L. J.* (1962), 78; reimpresso en una versión revisada en R. S. Summers, Ed., *Essays in Legal Philosophy*, (Basil Blackwell, Oxford, 1968) 61 (Asimismo, cf. N° 35 *supra*).

⁴¹ Monroe H. Freedman, “Equality in the Administration of Criminal Justice”, *Nomos IX*, 250, 256.

diferenciación que expresa aprobación por una distinción precisa.⁴² Por otra parte, “discriminación contra alguien” se usa siempre en el sentido de “hacer una distinción adversa”

En 1949, dos comentaristas estadounidenses advirtieron que existían dos significados en los cuales se utilizaba el término discriminación y que había que evitar confundirlos. En un sentido, ejercer la discriminación simplemente significaba ser exigente, rápido para reconocer las diferencias, estar alerta cognitivamente. En el segundo sentido, la discriminación implicaba acciones sesgadas, prejuiciosas e injustas. Los legisladores tienen el deber de discriminar en la primera acepción del término en el sentido de discernir y reconocer las distinciones y diferencias pertinentes, es decir, clasificar razonablemente. Sin embargo, el tipo de discriminación prohibida por la cláusula de protección igualitaria es la que indica el segundo significado del vocablo.⁴³ Si bien la limitación del significado legal del término discriminación en el sentido de constituir una diferenciación injustificable ha sido rebatida,⁴⁴ su aceptación en Estados Unidos va en aumento.⁴⁵

En 1956, Sørensen señaló que la discriminación indicaba diferencias perjudiciales para la persona en cuestión y que el trato favorable no constituía discriminación a menos que equivaliera al otorgamiento de privilegios a ciertos grupos en perjuicio de otros y, por lo tanto, equivalía a discriminación en contra de los segundos. Asimismo, la discriminación comprende solamente las diferencias perjudiciales basadas en la pertenencia de las personas a grupos sociales o de otra índole y no se puede aplicar en forma general a las desigualdades originadas en cualidades individuales. Si bien desde un punto de vista sociológico, quizás no es justificable clasificar a las mujeres o los hombres como grupos sociales específicos, el trato diferencial perjudicial basado en ese hecho habitualmente se caracteriza como discriminación dado que implica negarle a un individuo la igualdad de la que debiera gozar conforme a las evaluaciones sociales aceptadas.⁴⁶ Que el significado de “discriminación” no sea simplemente una discrepancia verbal insignificante

⁴² Véase la definición de “*discrimination*” que aparece en el Shorter Oxford English Dictionary (3ª Ed.) Sin embargo el Random House Dictionary of the English Language (Nueva York) define el verbo “*to discriminate*” como “*hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la cual la persona o la cosa pertenece en lugar de acuerdo con su verdadero mérito*”.

⁴³ Véase J. Tussman y J. tenBroek, “The Equal Protection of the Laws”, 37, *Calif. L. Rev.* (1949), 341, 358, N° 35. El requisito de tener un motivo o intención fue recalcado de sobremanera por estos dos autores.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, J. S. Williams, “*Mulkey v. Reitman and State Action*”, 14 (1) *UCLA Law Review*, (1966-7), 26, 31. “La individualidad consiste parcialmente de discriminación. Antes nos referíamos a una persona de calidad y gustos acertados como alguien capaz de discriminar. Esta descripción era muy adecuada. La persona discriminaba a favor de la buena literatura, la doctrina política prudente, las amistades de buena calidad, etc. Demostraba buen criterio. Cuando se elimina la discreción de discriminar, desaparece la individualidad”.

⁴⁵ Por ejemplo, *Gomillion v. Lightfoot* 364 US399 (1960) y 22 *Ohio St. L. J.* (1961), 213; 21 *La. L. Rev.* (1961), 676. Para un ejemplo del uso tradicional, véase la *1949 Annotation of Discrimination en US Supreme Court Reports*, 4L, 2ª Ed. 1121 que señala: “La discriminación se usa aquí en su más amplio sentido e incluye *cualquier* trato diferencial ya sea de igual calidad o no que haya sido acordado a un miembro de una raza en particular en virtud de su pertenencia a dicha raza...”

⁴⁶ Véase M. Sørensen, “The Quest for Equality” en *International Conciliation*, N° 507 (1956) 291.

queda claramente ilustrado por quienes han argumentado que una prohibición global contra la discriminación tuvo el efecto adverso de impedir que el estado adoptara medidas paliativas para eliminar los problemas de las clases desposeídas en la India.⁴⁷

La palabra “discriminar” por si sola se utiliza habitualmente hoy en día en el sentido peyorativo de una distinción injusta, irracional, injustificable o arbitraria, no solamente en inglés sino también en otros idiomas. Así es como, en francés, la discriminación ha sido descrita como un *terme nouveau, toujours péjoratif*⁴⁸ mientras que en alemán *Diskriminierung* significa una distinción adversa o desfavorable.⁴⁹ En el *Dictionnaire de la terminologie du droit international* de Paris, 1960 aparece la siguiente definición insatisfactoria de “discriminación”: “*Traitement différentiel. Distinction consistant à refuser à certains des droits ou avantages reconnues accordés a d’autres*”.⁵⁰ Sin embargo, el uso internacional moderno acepta, por lo general, que la discriminación significa todo acto o conducta que niegue a las personas el mismo trato que a otras personas porque pertenecen a grupos sociales específicos. Como señala Jaenicke “*Die Völkerrechtspraxis verwendet [den Begriff Diskriminierung] heute zur Bezeichnung einer unzulässigen unterschiedlichen Behandlung*”.⁵¹

El derecho internacional, que tradicionalmente ha sido considerado como un derecho que rige entre los estados y que no se aplica directamente a las personas, se percató hace muy poco tiempo de la situación de las personas. Uno de los primeros logros internacionales importantes destinado a paliar las desigualdades personales ha sido la gran cantidad de tratados bilaterales firmados con el fin de eliminar la trata de esclavos y, en el transcurso de los últimos 50 años, se ha logrado establecer firmemente que los derechos humanos ahora están dentro del ámbito del derecho internacional. El acontecimiento más importante ha sido el enérgico afianzamiento del principio de igualdad de las personas en cuanto a la dignidad y los derechos y el rechazo de las distinciones personales basadas en criterios no relevantes. Las organizaciones internacionales han tomado la iniciativa al lograr que se proscriban *de jure* y *de facto* las distinciones entre seres humanos basadas en la raza, el color de la piel, el sexo, la religión, el idioma, las ideas políticas u otras opiniones, el origen nacional, social, de nacimiento y otras posiciones. La discriminación en contra de los seres humanos fundamentada en estas razones, que frecuentemente dan origen a una posición inferior en el derecho

⁴⁷ Véase, por ejemplo, S. M. Huan-Thio, “Constitutional Discrimination under the Malaysian Constitution”, 6 *Malaya L. R.*, (1961, 1, 4; y *State of Madras v. Dorairajan* AIR 1951, SC 226.

⁴⁸ J. Pictet, *Les Principes du droit international humanitaire* Comité internationale de la Croix Rouge, Geneva, 1966), 41.

⁴⁹ Véase G. Jaenicke, *Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht* (1940), 12. Pero cf. Las opiniones de Austria, *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination 1978*, GAOR, 33rd. sess., supp. N° 18 UN doc. A/33/18 párrafo 120. En ruso la palabra “discriminación” “claramente se refiere a trato injusto y desigual”. Véase UN doc. E/CN.4/S.R. 52, 11 (Delegado de la URSS en la Comisión de Derechos Humanos).

⁵⁰ En la p. 217.

⁵¹ G. Jaenicke, “*Diskriminierung*” en K. Strupp y H. J. Schlochauer, Eds., *Wörterbuch des Völkerrechts* (W. de Gruyter, Berlín, 2ª Ed., 1960-2), i. 387-92. “En la actualidad, el ejercicio del derecho internacional utiliza el término discriminación para señalar trato desigual inadmisibles”.

nacional, ha sido caracterizada por la comunidad internacional como “científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y, además, peligrosa”.⁵²

Del mismo modo en que ciertos tipos de situaciones discriminatorias han sido rechazados en los sistemas jurídicos nacionales por razones de política pública, la comunidad internacional ha condenado la discriminación por ser contraria a la política internacional. Conforme al derecho internacional, el establecimiento de categorías que implican desigualdades insensatas y arbitrarias queda prohibido mientras que las categorías que otorgan protección especial a grupos particulares para permitirles obtener una igualdad verdadera y auténtica están permitidas.⁵³

Por ejemplo, el sistema de protección de las minorías garantizado por la Sociedad de las Naciones incorporaba ciertas obligaciones en cuanto al uso del lenguaje minoritario y a la creación y control, por parte de las minorías, de instituciones educacionales, sociales, religiosas y de caridad. Dichas garantías han sido descritas como “privilegios” pero, como ha señalado la Corte Permanente, “es fácil imaginar casos en los que la igualdad de trato de la minoría cuya situación y necesidades son diferentes causarían una desigualdad en los hechos. La igualdad entre los miembros de la mayoría y la minoría debe ser una *igualdad eficaz y auténtica*”.⁵⁴ Como señaló de Azcárate, para que los miembros de la minoría puedan vivir en igualdad de condiciones con la mayoría se necesitaría que contaran con las instituciones sociales, económicas y culturales que les permitieran preservar su consciencia nacional y poder cultivar y desarrollar su propio idioma en las mismas condiciones que la mayoría. Para tal fin, la protección contra el trato discriminatorio desfavorable no es suficiente; la verdadera igualdad, no la simplemente formal sino que la substancial, requiere de medidas positivas especiales para las minorías.⁵⁵

Aunque en el período entre las dos guerras mundiales las conferencias internacionales adoptaron resoluciones que condenaban la discriminación, no fue hasta que se aprobó la Carta de las Naciones Unidas que se estableció definitivamente en un instrumento internacional que los derechos humanos debían regir para todo mundo sin distinción en cuanto a raza, sexo, idioma o religión. El organismo más importante creado por Naciones Unidas para tratar el asunto de la igualdad fue la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, aunque la protección de las minorías cayó en

⁵² Véanse los preámbulos de la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, noviembre de 1963 y la Convención sobre el mismo tema de diciembre de 1965.

⁵³ Al igual que en el derecho nacional aquellos tipos de categorías que perpetuaban la desigualdad (tales como el estado de la mujer casada y la ilegitimidad) están desapareciendo y aquellos que proporcionan protección (por ejemplo la infancia y la demencia) están sobreviviendo o incluso se están introduciendo (como sucede con la posición de incapacidad en el Estado de California: cf *Re Langley* [1962] de la misma manera, en el derecho internacional, las formas discriminatorias se están desalentando mientras se estimulan las medidas especiales de protección. Como señala Frankena “la búsqueda histórica de justicia social ha consistido principalmente de esfuerzos por eliminar ciertas desigualdades como bases de la diferencia de trato y algunas similitudes como fundamentos para la identidad de tratamiento” (op. cit.).

⁵⁴ Opinión sobre *Minority Schools in Albania*. PCIJ (1935), ser. A/B, N° 64, 19.

⁵⁵ Véase P. de Azcárate, Y. Florez, *League of Nations and National Minorities: An Experiment*, trad. E. O. Brooke (Carnegie Endowment, Washington D.C., 1945), 24.

desgracia después de la Segunda Guerra Mundial porque se pensaba que incentivaba el irredentismo y que el Tratado de las Minorías no proporcionaba protección adecuada contra la intolerancia Nazi y la persecución. La Carta de las Naciones Unidas no incluía disposición alguna sobre las minorías y las Naciones Unidas no garantizaba tampoco cláusulas sobre las minorías en los tratados de paz. El énfasis había cambiado.⁵⁶

El mayor trabajo de Naciones Unidas en este campo se ha concentrado en los aspectos negativos del principio de igualdad. Las convenciones se han preparado para tratar, entre otros temas, el genocidio, los derechos políticos de la mujer, la igualdad salarial en el sentido de igual remuneración por un trabajo del mismo valor, discriminación en el empleo y la ocupación, discriminación educacional, racial, apartheid y discriminación contra las mujeres; y disposiciones contra la no discriminación aparecen en muchos otros instrumentos, entre los cuales los más importantes son los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de 1966 y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

El Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos incluye un artículo sobre la protección de las minorías pero, en general, el énfasis se desplazó desde las minorías a un concepto más general de igualdad positiva, es decir, medidas especiales para asistir a los grupos desfavorecidos.⁵⁷

Para poder descubrir la medida en la cual existen normas internacionales o pautas de derecho internacional relativas a la igualdad de los individuos se analizará lo siguiente:

1. tratados internacionales y declaraciones que traten sobre la igualdad y la discriminación;
2. la práctica y *opinio juris* de estados y organismos internacionales, incluyendo el efecto legal de las recomendaciones de Naciones Unidas;
3. las decisiones de las Cortes internacionales y municipales y lo que han escrito los juristas sobre el tema, no sólo como fuentes de la ley sino también como "organismos determinantes de la ley para establecer el contenido de las reglas reales del derecho internacional".⁵⁸
4. si el principio, es "un principio general del derecho" o si forma parte del *jus cogens*.

⁵⁶ Al escribir en el año 1954, el Profesor Kunz (48 *AJIL*, 282) se preguntaba si no se producirían "modas en el derecho internacional, al igual que sucede con las corbatas". Al terminar la Primera Guerra Mundial, "la protección internacional de las minorías era la gran moda: los tratados abundaban, las conferencias, actividades de la Sociedad de las Naciones y mucha literatura sobre el tema. Recientemente esta moda se ha vuelto casi obsoleta. Hoy en día, el abogado internacional bien vestido usa derechos humanos. Su vestuario también incluye ahora las "medidas especiales de protección".

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el Artículo 1 numeral 4 de la Convención de 1965 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁵⁸ Véase E. Schwarzenberger y E. D. Brown, *A Manual of International Law* (Stevens, Londres, 6ª Ed., 1976), 18.