



**International
Commission of Jurists
Commission
internationale de juristes
Comisión Internacional
de Juristas**

P.O. BOX 216
81A, avenue de Châtelaine
1219 Châtelaine, Geneva,
Switzerland

TELEPHONE: +41 (0) 22 979
3800
FAX: +41 (0) 22 979 3801
EMAIL: info@icj.org
WEBSITE: <http://www.icj.org>

MEDIDAS DE ACCION AFIRMATIVA

Índice:

Introducción.....	2
I. El Sistema de las Naciones Unidas	2
1. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.....	3
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	5
3. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	7
4. La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.....	8
II. La Unión Europea.....	10
1. Legislación y jurisprudencia	10
2. Las políticas europeas contra la discriminación racial.....	13
III. El Consejo de Europa.....	14
1. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo 12.....	14
2. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia	16
IV. El Reino Unido	17
1. El <i>Race Relations Act 1976</i> y el <i>Race Relations (Amendment) Act 2000</i>	17
2. Irlanda del Norte.....	19
V. Sudáfrica	20
1. La Constitución.....	20
2. El <i>Employment Equity Act 1998</i>	21
3. El <i>Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act</i>	22
4. La jurisprudencia.....	23
Resumen.....	25

INTRODUCCIÓN

El derecho a la igualdad es un derecho con facetas negativas y positivas. Comprende a la vez la prohibición de discriminación y el derecho al disfrute efectivo de la igualdad, que conlleva el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar el pleno goce de la igualdad. Las medidas de acción afirmativa caen en esta última categoría de deberes: son medidas positivas para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica. Los beneficiarios de dichas medidas son los grupos o personas que sufren de desventajas estructurales.

La temática de la acción afirmativa plantea algunas preguntas fundamentales. Entre ellas, se pueden destacar tres preguntas centrales, que resurgen en cada sistema: En primer lugar surge la cuestión de si la acción afirmativa, que otorga - al detrimento de otros - preferencias a algunas personas o grupos de personas para combatir desigualdades estructurales, no constituye al mismo tiempo una discriminación ilícita de estos últimos. ¿Cómo se puede justificar el combate de una injusticia con una nueva discriminación al inverso? En segundo lugar, si se acepta la legitimidad de la acción positiva, se plantea la pregunta de si los Estados tienen una obligación legal de adoptar medidas de acción afirmativa o si el derecho a la igualdad solamente permite dichas medidas. En último lugar, hay que preguntarse sobre el alcance de las medidas de acción afirmativa : ¿hasta dónde llega la posibilidad o el deber del Estado de adoptar medidas de acción positiva? Aquí, hay que definir, en particular, cuales son los objetivos legítimos de la acción afirmativa: la igualdad de oportunidad o la igualdad de resultado.

En los últimos años, se han podido observar algunos desarrollos interesantes, a nivel internacional y a nivel interno en algunos Estados. En particular, los órganos de vigilancia de los tratados de Naciones Unidas se han pronunciado sobre la acción afirmativa. Además, en el marco de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se ha elaborado un estudio relativo a esta problemática. Un segundo desarrollo interesante se ha llevado a cabo en el ámbito de la Unión Europea, la cual ha elaborado nueva legislación relativa a la discriminación racial. En último lugar, vale mencionar algunos procesos interesantes a nivel nacional. En el año 2000, los Parlamentos del Reino Unido y de Sudáfrica han adoptado nuevos actos relativos a la discriminación racial, en los que se encuentran mecanismos innovadores para hacer cumplir el deber del Estado de promover la igualdad.

I. EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS

En el sistema de las Naciones Unidas la cuestión de la discriminación y, más específicamente de la acción afirmativa o positiva, se ha discutido en el ámbito de los órganos de vigilancia de tratados así como en la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Asimismo, vale destacar el importante papel

otorgado a la acción afirmativa en la Conferencia Mundial contra el Racismo y en la Declaración y el Programa de Acción de Durban. El proceso de Durban es un proceso a largo plazo, que está todavía en sus principios y del que habrá que esperar para recompilar los desarrollos que sin duda aportará al tema de la acción afirmativa.

Sin embargo, este proceso, así como los procesos en el sistema interamericano, pueden apoyarse en legislación, jurisprudencia y doctrina ya existente en el ámbito de las Naciones Unidas. Vale entonces recordar algunos de estos desarrollos. En primer lugar, es importante analizar la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que es el órgano específicamente encargado de la cuestión de la acción afirmativa contra la discriminación racial. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre medidas positivas para fortalecer la situación de grupos víctimas de discriminación racial. Vale también mencionar brevemente la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que posee un enfoque similar al del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el ámbito de la igualdad de género.

Además de la jurisprudencia de los órganos de vigilancia de tratados, en 1998 la Subcomisión en 1998 encargó al Sr. *Marc Bossuyt* de elaborar un estudio específico sobre el concepto de la acción afirmativa. Los estudios del Relator aclaran y sistematizan muchas de las preguntas que existen sobre este concepto. Sin embargo, como se va a describir, el Relator adopta una posición diferente de los órganos de vigilancia de tratados en cuanto a la cuestión de si el derecho internacional de los derechos humanos impone una obligación a los Estados de adoptar medidas de acción positiva: mientras los órganos de vigilancia de tratados mantienen que tal obligación existe, el Relator considera las cláusulas como meramente permisivas, como sugiere la formulación de dichas cláusulas.

1. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

El artículo 1 (4) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial estipula que:

“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.”

Además, toda la formulación de la Convención refleja una concepción de acción positiva y la idea de que la discriminación racial no se erradicará por la simple prohibición de discriminación racial, sino por medidas activas para cambiar las leyes, las políticas y los comportamientos sociales. En varios artículos, los Estados se comprometen a adoptar medidas estructurales para erradicar la discriminación racial. En particular, el artículo 2 de la Convención abarca una multitud de obligaciones para promover la igualdad de todas las personas y la eliminación de discriminación racial.

Otros artículos que contienen obligaciones positivas son los artículos 3 (erradicación de la segregación y del apartheid) y 7 (medidas de educación, *etc.*, para combatir prejuicios). Vale mencionar especialmente el artículo 2 (2) de la Convención, que estipula:

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

Mientras que en su Recomendación General sobre el artículo 1 (4)¹ el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial no interpretó el alcance de las medidas permitidas ni dejó claro en qué medida los Estados Partes tenían una obligación de adoptar medidas de acción afirmativa para erradicar la discriminación racial de hecho, su jurisprudencia posterior no deja duda de que las disposiciones de la Convención imponen una obligación a los Estados de adoptar medidas positivas.

Por ejemplo, en su Recomendación General XXVII, relativa a la discriminación de los romaníes, el Comité recomienda medidas para el desarrollo de la cultura política y la educación de la población en un espíritu de tolerancia², medidas positivas en la esfera de la educación³, medidas para mejorar las condiciones de vida⁴, medidas para mejorar la situación de empleo de los romaníes en el sector público⁵, así como medidas para el acceso a los servicios de la salud y a la seguridad social⁶. De manera similar, en su Recomendación XXIX relativa a la discriminación basada en la descendencia, el Comité recuerda la importancia de las medidas de acción afirmativa⁷; aquí también recomienda la adopción de medidas de promoción, de educación y de desarrollo económico y social, *etc.*⁸.

En muchas de sus observaciones, el Comité ha acogido o alentado a los Estados a adoptar medidas de acción positiva, en particular la toma de medidas para promover la tolerancia y sobrevenir prejuicios y estereotipos negativos⁹. En las observaciones dirigidas a Estados en particular, el Comité a menudo les recomienda que adopten

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

² *Recomendación General XXVII relativa a la discriminación de los romaníes* (2000), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 11.

³ *Ibid.*, párr. 19, 21, 23.

⁴ *Ibid.*, párr. 27.

⁵ *Ibid.*, párr. 29.

⁶ *Ibid.*, párr. 29, 33, 34.

⁷ *Recomendación General XXIX relativa al artículo 1, párrafo 1 de la Convención (descendencia)* (2002), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 1(h).

⁸ *Ibid.*, párr. 6, 7, 8.

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

medidas positivas, en particular para mejorar la situación de los romaníes¹⁰, de los inmigrantes¹¹ y de las personas indígenas¹². En sus Observaciones finales al Reino Unido, el Comité expresó su preocupación por la situación de los romaníes, gitanos y viajeros y de otras minorías, el Comité expresamente alentó al Estado a “continuar tomando medidas afirmativas de acuerdo con el artículo 2, párrafo 2, de la Convención para garantizar oportunidades iguales para el pleno disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales”¹³. Vale destacar la observación a los Estados Unidos, en la que el Comité expresamente recomendó al Estado adoptar “todas las medidas apropiadas, incluidas medidas especiales conforme al párrafo 2 del artículo 2 de la Convención, para garantizar el derecho de todos [...] al goce de los derechos enunciados en el artículo 5 de la Convención”¹⁴. Y el Comité dejó claro que:

“En relación con la acción afirmativa, el Comité toma nota con preocupación de la posición adoptada por el Estado Parte de que las disposiciones de la Convención permiten, pero no exigen que los Estados Partes adopten medidas de acción afirmativa para garantizar el desarrollo y la protección adecuados de ciertos grupos raciales, étnicos o nacionales. El Comité recalca que la adopción de medidas especiales por los Estados Partes cuando las circunstancias así lo aconsejen, como en el caso de disparidades persistentes, es una obligación dimanante del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención”¹⁵.

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

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 18 sobre la no-discriminación, sostuvo que

“El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias

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

¹¹ *Observaciones finales: Canadá*, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18, párr. 335; *Observaciones finales: Cap Verde*, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/3, párr. 13

¹² *Observaciones finales: Ecuador*, 21 de Marzo de 2003, CERD/C/62/CO/2, párr. 13; *Observaciones finales: Nueva Zelanda*, 1 de Noviembre de 2002, A/57/18, párr. 430; *Observaciones finales: Costa Rica*, 20 de Marzo de 2002, CERD/C/60/CO/3, párr. 17.

¹³ *Observaciones finales: Reino Unido*, 10 de Diciembre de 2003, CERD/C/63/CO/11, párr. 24.

¹⁴ *Observaciones finales: United States of America*, 18 de Agosto de 2001, párr. 398.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 399.

para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”¹⁶.

De manera similar, en la Observación General No. 3 sobre el artículo 2, el Comité consideró que la obligación general de los Estados no solamente de respetar, sino también *garantizar*, los derechos humanos, conlleva el deber de adoptar medidas específicas para permitir a los individuos el goce de sus derechos¹⁷. Esta obligación positiva ha sido reiterada en la Observación General revisada sobre este artículo, adoptada en segunda lectura por el Comité¹⁸. El deber de adoptar medidas de acción afirmativa se basa en esta obligación general de adoptar medidas positivas para garantizar los derechos del Pacto. Vale también mencionar la Observación General No. 28 sobre la igualdad entre hombres y mujeres, en la que el Comité consideró que los artículos 2 y 3 del Pacto requieren que los Estados tomen todas las medidas necesarias para asegurar el pleno disfrute de este derecho. En este sentido, los Estados tienen “no sólo que adoptar medidas de protección, sino también medidas positivas en todos los ámbitos para asegurar el fortalecimiento de las mujeres”¹⁹.

En algunas de sus observaciones finales a los Estados, el Comité ha destacado la obligación de adoptar medidas positivas contra la discriminación de ciertos grupos vulnerables. Por ejemplo, en su observación a Letonia, el Comité ha destacado la importancia de adoptar medidas positivas para integrar a los extranjeros en la vida pública del país²⁰. En su observación a Eslovaquia, el Comité alentó al Estado a que adopte medidas legislativas más eficientes para el cabal cumplimiento con los artículos 2, 3 y 26²¹. En la misma observación, el Comité llamó al Estado a tomar medidas positivas para asegurar el goce de los derechos del Pacto por las personas romaníes, a darles oportunidades de usar su idioma en comunicaciones oficiales, a proveer servicios sociales accesibles, a otorgar formación profesional y a crearles oportunidades de empleo²². Asimismo, alentó al Estado a que elimine la discriminación contra niños romaníes en el sistema de educación y a que les ofrezca educación especial cuando necesario²³. De manera similar, en otras observaciones el Comité ha recomendado medidas positivas a favor de ciertos grupos vulnerables como la mujeres, los pueblos indígenas, los romaníes, los extranjeros, *etc*²⁴.

¹⁶ *Observación General No. 18, No-discriminación* (1989), HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003, párr. 10.

¹⁷ *Observación General No. 3, Artículo 2, Aplicación del Pacto a nivel nacional*, (1981), HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003, párr. 1.

¹⁸ *Draft General Comment on Article 2, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, adopted by the Human Rights Committee on second reading at its 80th session, CCPR/C/74/CRP.4/Rev.5, párr. 6.

¹⁹ *Observación General No. 28, Artículo 3 (Igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres)* (2000), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 3; véase también la *Observación General No. 4 relativa al artículo 3* (1981), HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 2.

²⁰ *Observaciones finales: Latvia*, 6 de Noviembre de 2003, CCPR/CO/79/LVA, párr.17-19.

²¹ *Observaciones finales: Slovakia*, 22 de Agosto de 2003, CCPR/CO/78/SVK, párr. 8.

²² *Ibid.*, párr. 16; véase también las recomendaciones similares en *Observaciones finales: Hungría*, 19 de Abril de 2002, CCPR/CO/74/HUN, párr. 7 y 10; *Observaciones finales: República Checa*, 27 de Agosto de 2001, CCPR/CO/72/CZE, párr. 8-11.

²³ *Ibid.*, párr. 18.

²⁴ *Observaciones finales: Egipto*, 28 de Noviembre de 2002, CCPR/CO/76/EGY, párr. 7 (medidas positivas para mejorar la situación de mujeres); *Observaciones finales: Guatemala*, 27 de Agosto de 2001; CCPR/CO/72/GTM, párr. 29 (medidas a favor de las personas indígenas); *Observaciones finales: Croacia*, 30 de Abril de 2001, CCPR/CO/71/HRV, párr. 21 y 22 (participación de las mujeres en la vida política y pública y para las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas); *Observaciones finales: México*, 27 de Julio de

El Comité también se ha pronunciado sobre cuestiones de discriminación positiva. Así, en el caso *Stalla Costa c. Uruguay*, el Comité de Derechos Humanos opinó que la preferencia de personas despedidas durante la dictadura para puestos de servicio público constituía una manera de reparar los daños sufridos por estas personas y, por tanto, no constituía una medida de discriminación bajo el artículo 26²⁵. En el caso *Ballantyne, Davidson y McIntyre c. Canadá*, el Comité puso límites a la posibilidad de acción positiva: consideró que una ley según la cual se prohibía la publicidad en inglés en la Provincia de Quebec no podía justificarse por la protección del grupo francófono de Canadá y que constituía una violación de la libertad de expresión garantizada en el artículo 19 del Pacto²⁶.

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

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

Vale mencionar brevemente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer porque contiene una cláusula sobre las medidas positivas similar a la de la Convención contra la discriminación racial. El artículo 4 dispone:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.”

Esta formulación, como la de la Convención contra la discriminación racial, es permisiva y no obligatoria. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha constantemente alentado a los Estados a que adopten medidas de acción afirmativa.

En una de sus primeras recomendaciones generales, el Comité recordó que era importante que los Estados introduzcan medidas para eliminar la discriminación de hecho. El Comité recomendó que los Estados “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”²⁷. Posteriormente, el Comité reiteró en sus observaciones a los Estados la

1999, CCPR/C/79/Add.109, párr. 19 (medidas a favor de las personas indígenas); *Observaciones finales: Polonia*, 29 de Julio de 1999, CCPR/C/79/Add.110, párr. 12 (medidas para promover la igualdad de las mujeres en la vida económica y social).

²⁵ *Stalla Costa c. Uruguay*, 9 de Julio de 1987, CCPR/C/30/D/198/1985, párr. 10.

²⁶ *Ballantyne, Davidson, and McIntyre c. Canadá*, 5 de Mayo de 1993, CCPR/C/47/D/385/1989, párr. 11.4

²⁷ *Recomendación General No. 5 relativa a las medidas especiales temporales* (1988), HRI/GEN/1/Rev.6.

necesidad de adoptar medidas para promover la participación de las mujeres en la vida pública y para cambiar las percepciones y actitudes de las sociedades frente a la posición de las mujeres²⁸. En sus observaciones finales al Reino Unido, el Comité expresamente alentó al Estado a tomar medidas para asegurar la implementación del artículo 4 (1)²⁹. En sus observaciones a Suecia, el Comité recomendó que el Estado adopte medidas temporales de acuerdo con el artículo 4 (1) para facilitar el empleo de mujeres en el sector privado³⁰. El Comité también ha reiterado esta necesidad en algunas de sus recomendaciones generales³¹.

En la sesión de enero de 2004, el Comité estará discutiendo una nueva recomendación sobre las medidas temporales. Esta nueva y actualizada recomendación clarificará la opinión del Comité sobre la acción afirmativa e influirá la labor de otros órganos de vigilancia de tratados.

4. La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos

En 1998, en el marco del Tercer Decenio de la Lucha Contra el Racismo y la Discriminación Racial y la convocación de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargó al señor *Marc Bossuyt*, como Relator Especial, la preparación de un estudio sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa.

El informe preliminar, presentado a la Subcomisión en 2000³², relata los diferentes conceptos de acción afirmativa encontrados en varios instrumentos internacionales y los límites de dicha acción. El informe concluye que las medidas positivas deben cumplir con la prohibición de discriminación y deben ser temporales.

El segundo informe define el concepto de acción afirmativa de la manera siguiente:

"La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva"³³.

El informe también describe a los grupos beneficiarios de acción afirmativa y analiza las justificaciones para medidas de acción afirmativa: enderezar o reparar injusticias históricas, reparar discriminación social o estructural, crear diversidad o una representación proporcional de los grupos, evitar disturbios sociales, crear una mayor eficacia del sistema socioeconómico y constituir un medio de construir la nación. El informe describe además las formas que puede adoptar la acción afirmativa, como la "movilización afirmativa", la "equidad afirmativa" o la "preferencia afirmativa". En cuanto a la cuestión de la obligatoriedad de acción afirmativa en derecho internacional,

²⁸ *Observaciones finales: Uruguay*, 7 de Mayo de 2002, párr. 193, 201;

²⁹ *Observaciones finales: Reino Unido*, 1 de Julio de 1999, A/54/38, párr. 301.

³⁰ *Observaciones finales: Suecia*, 31 de Julio de 2001, A/56/38, párr. 345.

³¹ *Recomendación general No. 23 relativa a la vida política y pública* (1997), , HRI/GEN/1/Rev.6, párr. 15.

³² E/CN.4/Sub.2/2000/11, 19 de Junio de 2000.

³³ E/CN.4/Sub.2/2001/15, 26 de Junio de 2001, párr. 7.

el Relator Especial considera que tal interpretación “sería exagerad[a]” y que “[l]o que hace es promover la posibilidad de adoptar medidas afirmativas para lograr la igualdad *de facto*”³⁴. Finalmente, el Relator rechaza el concepto de igualdad de resultados (en contraposición a igualdad de oportunidades) - por medidas como cupos, reservas, objetivos, etc. - porque lo considera como una violación de la prohibición de discriminación³⁵.

En su informe final, sometido a la Subcomisión en el año 2002³⁶, el Relator Especial resumió los argumentos de los informes precedentes y formuló sus conclusiones. Según él, la discriminación sistemática de ciertos grupos en el pasado permite - y a veces requiere - la adopción de medidas antidiscriminatorias. Concluye que, por lo general, en materia de derechos humanos, una preferencia o diferencia de trato sólo puede justificarse si se basa en un motivo que es pertinente al derecho en cuestión. Sin embargo, considera que, en ciertos casos, otros criterios, como la representación proporcional de diferentes grupos, pueden ser válidos. Según él, “[n]o es posible hacer declaraciones generales tajantes sobre la medida en que pueden aplicarse tales criterios” y son los jueces quienes deben velar por que las medidas cumplan con la prohibición de discriminación en determinados casos. El Relator reitera también que las medidas positivas tienen que ser de carácter temporal y tienen que cumplir, como todas medidas, con la prohibición de discriminación.

De la jurisprudencia de los órganos de vigilancia de tratados se puede concluir que dichos órganos consideran que los tratados imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa. Esto puede resultar curioso, dada la formulación permisiva de las cláusulas de acción afirmativa en la Convención de Discriminación Racial y la Convención de discriminación contra la mujer y la formulación, negativa y no de acción positiva, de los artículos 3 y 26 del Pacto. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos basan sus argumentos en su doctrina de obligaciones positivas de acuerdo con los artículos 2 (2) de la Convención y 2 del Pacto. Así, la prohibición de discriminación, como los demás derechos garantizados por los textos, tiene una dimensión negativa, que impone al Estado un deber de abstenerse de violar los derechos, y una dimensión positiva, que impone al Estado la obligación de tomar medidas para asegurar el pleno disfrute de los derechos.

El Relator especial de la Subcomisión, al contrario, no encuentra en el derecho internacional un deber de tomar medidas de acción afirmativa. Esta opinión, sin embargo, parece dejar de lado la evolución de la jurisprudencia de los órganos de tratado. Por otro lado, en lo que constituye el aporte más importante de sus estudios, el Relator se dedica, en un modo más detallado que los órganos de vigilancia de los tratados, a establecer límites a las medidas de acción afirmativa. Los órganos de vigilancia de los tratados han abordado el problema principalmente en sus comentarios generales u observaciones a los Estados; en consecuencia, no han dado muchas indicaciones sobre el alcance de la acción afirmativa. El Relator especial llena este vacío

³⁴ *Ibid.*, párr. 78.

³⁵ *Ibid.*, párr. 92.

³⁶ E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 de Junio de 2002, párr. 105.

mediante la especificación de algunos parámetros generales: la acción afirmativa, como toda medida estatal, tiene que respetar otros derechos humanos, particularmente la prohibición de discriminación, y debe ser de carácter temporal.

II. LA UNIÓN EUROPEA

1. Legislación y jurisprudencia

El Tratado de la Comunidad Europea³⁷, en sus artículos 2 y 3 (2), impone la obligación de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. El artículo 141 del mismo tratado consagra la igualdad de retribución entre hombres y mujeres. En 1997, el tratado de Ámsterdam introdujo un nuevo artículo 13 en el tratado de la Comunidad en el que se confiere a los órganos europeos la posibilidad de “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” En base a esta norma el Consejo de Ministros adoptó en el 2000 dos directivas: la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (en adelante: Directiva relativa a la discriminación racial)³⁸ y la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que abarca la discriminación por religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en cuanto al empleo (en adelante: Directiva de marco general)³⁹. Además, la Carta Europea de Derechos Humanos, en su Capítulo III, intitulado “Igualdad”, consagra, entre otros, el derecho a la igualdad ante la ley (Art. 20) y la prohibición de discriminación “por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

La Directiva relativa a la discriminación racial, a la que los Estados han debido adaptar su legislación hasta el 19 de julio de 2003, abarca las materias de empleo y toda actividad relativa al empleo, como la orientación profesional, la participación a organizaciones de trabajadores, las condiciones de empleo, etc. La Directiva, aplicable en el ámbito público y privado, comprende también la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público, incluida la vivienda⁴⁰. Sin embargo, y debido a la limitación de las políticas que caen dentro de la competencia de la Comunidad, la Directiva no abarca algunas esferas importantes en materia de discriminación racial como el derecho penal y las actividades de la policía. Además, la

³⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea - (Versión consolidada), *Diario Oficial No. C325 de 24 diciembre 2002*.

³⁸ 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 No. L 180 de 19/07/2000 p. 0022 – 0026*.

³⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *Diario Oficial No. L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022*.

⁴⁰ Artículo 3.

Directiva no se aplica a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad ni a la condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países o al tratamiento derivado de su situación jurídica.

En su párrafo preambular 17 la Directiva estipula que “la prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con un origen racial o étnico determinado y dichas medidas pueden permitir la existencia de organizaciones de personas de un origen racial o étnico concreto cuando su finalidad principal sea promover las necesidades específicas de esas personas.” En su artículo 5 permite expresamente la acción afirmativa:

“con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”.

La directiva de marco general contiene cláusulas de igual contenido relativas a las formas de discriminación prohibidas en ella⁴¹. Estas excepciones claras al principio de discriminación formal tienen su antecedente en la legislación y jurisprudencia europea relativa a la discriminación por razón de sexo. La directiva 76/207/CEE⁴², en su artículo 2 (4), permite “las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”. Dicha disposición ha sido introducida en la legislación primaria en el artículo 141 (4) del Tratado de la Comunidad, que prevé que “[c]on objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”

En efecto, en el marco del tema de la discriminación por motivos de sexo se han desarrollado un número de conceptos, como el concepto de discriminación indirecta o de medidas de acción positiva, que luego influirían la legislación sobre discriminación de otra índole, en particular la discriminación racial. Vale destacar que ninguna de estas normas impone a los Estados una obligación de adoptar medidas de discriminación positiva, sino más bien *permite* tales medidas, como excepción a la prohibición de discriminación.

De la misma manera que la formulación del artículo 5 de la Directiva relativa a la discriminación racial esta basada en el antecedente de la Directiva relativa a la discriminación por razón de sexo, la interpretación del artículo se debe hacer con vista a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en materia de discriminación por razón de sexo, jurisprudencia clave a nivel europeo desde los

⁴¹ Recital 26 y artículo 7.

⁴² Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, *Diario Oficial No. L 039 de 14/02/1976 p. 0040 – 0042*; enmendada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial n° L 269 de 05/10/2002 p. 0015 – 0020*.

principios del Tratado de las Comunidades Europeas. La legislación y jurisprudencia, en esta materia, se utilizarán para interpretar las nuevas directivas antidiscriminatorias⁴³.

Durante los años 90, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas ha desarrollado una jurisprudencia en materia de acción positiva que establece el marco en el cual una preferencia por determinados candidatos para el empleo no infringe la prohibición de discriminación. Así, el Tribunal ha mantenido que el artículo 2 (4) de la directiva 76/207/CEE buscaba a reducir las desigualdades que existían en la realidad de la vida social. Por ende, una ley nacional no podía otorgar prioridad absoluta a la mujer entre dos candidatos de igual mérito sin tener en cuenta la situación concreta, porque ello iría más allá del principio de igualdad de oportunidades e impondría una igualdad de resultado⁴⁴. Posteriormente, en el paradigmático caso *Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen*, el Tribunal consideró que “puede estar incluida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 una norma nacional conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candidatos de sexo masculino tienen derecho, sin perjuicio de la cláusula de apertura, a un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas, puesto que tal norma puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres [...] y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. No obstante, procede recordar que, puesto que el apartado 4 del artículo 2 constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición. [...] no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas”⁴⁵.

Estas sentencias del Tribunal, así como otros fallos subsiguientes⁴⁶ en la materia, han establecido el marco en el cual se pueden adoptar medidas positivas:

- 1) Debe existir una situación de desventaja real o de sub-representación que la medida busca remediar;
- 2) las dos personas deben poseer el mismo nivel de capacitación;
- 3) la medida no puede ser absoluta, sino que debe tomar en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos.
- 4) La medida debe ser discontinuada cuando se acabe la situación fáctica de discriminación.

Estos criterios pueden ser trasladados a las cuestiones de discriminación positiva en materia de criterios raciales o étnicos, en particular en el marco del artículo 5 de la Directiva relativa a la discriminación racial, así como todos otros motivos de

⁴³ M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, OUP 2002, pág. 77; T. Jones, *The Race Directive: Redefining Protection from Discrimination in EU Law*, in [2003] E.H.R.L.R. Vol. 5, pág. 515, 517.

⁴⁴ *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Caso 450/93 [1995] E.C.R. 1-3051, párr. 22 y 23.

⁴⁵ Caso C-409/95, *Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 de Noviembre de 1997, párr. 31-33.

⁴⁶ Caso C-158/97, *Badeck c. Hessischer Ministerpräsident*, 28 de Marzo de 2000 y Caso C-407/98, *Abrahamsson c. Folqvist*, 6 de Julio de 2000.

diferenciación. Sin embargo, la directiva sólo permite, sin imponer obligación alguna, la adopción de medidas de discriminación positiva.

2. Las políticas europeas contra la discriminación racial

Más allá de las medidas legislativas, la política contra la discriminación racial se ha institucionalizado cada vez más a nivel de la Comunidad Europea. Estas políticas vienen a complementar la legislación y jurisprudencia en materia de discriminación racial, y se basan en un enfoque de acción afirmativa para aliviar las desventajas estructurales padecidas por determinados grupos raciales.

En 1997, el Consejo de Ministros creó el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia⁴⁷, que empezó su trabajo en 2000⁴⁸. El Observatorio recoge información relativa a la discriminación racial en los países miembros, prepara informes temáticos y mantiene frecuentes contactos con organizaciones no-gubernamentales.

En el año 2000, y con vistas a vigilar el cumplimiento de las directivas antidiscriminatorias, el Consejo adoptó un programa de acción comunitario para el período 2001-2006⁴⁹, con los objetivos de “a) mejorar la comprensión de las cuestiones relacionadas con la discriminación mejorando los conocimientos sobre la misma y evaluando la eficacia de las políticas y de las medidas prácticas; b) aumentar la capacidad para prevenir y para enfrentarse a la discriminación con eficacia, especialmente fortaleciendo los medios de acción de las organizaciones y mediante el apoyo al intercambio de información y de buenas prácticas, y la creación a tal efecto de redes a escala europea, teniendo en cuenta al mismo tiempo las particularidades de las distintas formas de discriminación; c) promover y difundir los valores y prácticas en que se basa la lucha contra la discriminación, incluidas las actividades de sensibilización”⁵⁰. El presupuesto se fijó en 98,4 millones de Euros⁵¹. Sin embargo, las medidas de implementación del programa de acción se limitan más bien a realizar estudios y a intercambiar información con los actores interesados. Es probable que el Observatorio juegue un papel importante en el plan de implementación y en la recolección de datos. En este sentido, ha publicado un estudio comparativo sobre legislación antidiscriminatoria en los países miembros de la Unión Europea⁵².

En el marco de la política de intercambio con organizaciones especializadas, la Unión Europea otorga fondos a la Red Europea Contra el Racismo (RECR)⁵³, una

⁴⁷ Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo de 2 de Junio de 1997 por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, *Diario Oficial No. L 151 de 10/06/1997 p. 0001 – 0007*.

⁴⁸ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre las actividades del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, COM/2000/0625 final.

⁴⁹ 2000/750/CE: Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), *Diario Oficial No. L 303 de 02/12/2000 P. 0023 – 0028*.

⁵⁰ *Ibid.*, artículo 3.

⁵¹ *Ibid.*, artículo 10.

⁵² Disponible en:

http://eumc.eu.int/eumc/index.php?fuseaction=content.dsp_cat_content&catid=3fb38ad3e22bb&contentid=3fb4f71bc1790.

⁵³ La página web de la Red Europea Contra el Racismo es: <http://www.enar-eu.org/es/>.

organización no-gubernamental que tiene como fin el monitoreo de las políticas europeas contra el racismo.

En resumen, vale destacar que la legislación europea en materia de discriminación racial - como así también en materia de discriminación por razón de sexo - permite expresamente la adopción de medidas de acción afirmativa. Sin embargo, al contrario de los órganos de tratado de Naciones Unidas, el Tribunal de Justicia no ha interpretado que la legislación impone una obligación a los Estados de adoptar medidas de esta índole.

Un aspecto interesante de la jurisprudencia del Tribunal es la fijación de límites en materia de discriminación positiva. Dichos límites son similares a los estipulados por el Relator Especial de la Subcomisión: el criterio principal para una preferencia o diferencia de tratamiento debe ser objetivo, como la competencia o el mérito; la medida de acción afirmativa tiene que respetar la prohibición de discriminación (y, por tanto, cumplir con el principio de proporcionalidad) y la medida de acción afirmativa tiene que ser temporal (es decir, debe ser discontinuada cuando se acabe la situación de discriminación de hecho).

Más allá de esta jurisprudencia, se distinguen nuevas actividades políticas en la Unión Europea con un enfoque más estructural. Así, se han creados mecanismos a nivel europeo con el fin de analizar las causas, manifestaciones y pautas del racismo y la xenofobia en los países miembros. Estas actividades están aún en sus principios, y queda ver qué impacto pueden tener.

III. EL CONSEJO DE EUROPA

En el ámbito del Consejo de Europa, el texto legal de referencia en materia de discriminación racial es el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Protocolo No. 12 al Convenio. A nivel institucional, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI) supervisa los desarrollos en materia de racismo en los países miembros del Consejo de Europa y adopta recomendaciones generales.

1. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo 12

El artículo 14 del Convenio se limita a prohibir la discriminación en cuanto al goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. A diferencia de, por ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional, el artículo 14 no abarca toda discriminación de parte de las autoridades públicas, sino solamente aquella que afecta el disfrute de los derechos garantizados en el Convenio. Además, su formulación es una formulación negativa, que no contiene ninguna obligación de acción para el Estado. Esta limitación ha contribuido a que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sea muy restrictiva y no ha jugado un papel importante en el combate de la discriminación en los Estados miembros. Además, el Tribunal ha sido muy temeroso en su evaluación de pruebas, bien que en materia de discriminación sea importante recurrir a estadísticas

para tomar en cuenta el contexto social⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal Europeo ha aceptado que “ciertas desigualdades legales sólo tienden a corregir desigualdades de hecho”⁵⁵. La Comisión Europea de Derechos Humanos decidió que ciertas ventajas en materia de impuestos para mujeres casadas, dirigidas a “asegurar una discriminación positiva” y alentar las mujeres a retomar su trabajo, no violaban el artículo 14⁵⁶. En otro caso, el Tribunal decidió que una ley que daba un trato preferencial a personas con discapacidad en el empleo se justificaba por razones de discriminación positiva⁵⁷. Por otro lado, la Comisión dejó claro que “la Convención no obliga a los Estados Partes a adoptar medidas de discriminación positiva a favor de las minorías”⁵⁸. Así, no se halla en la jurisprudencia de la Comisión o del Tribunal una obligación de tomar medidas de acción afirmativa.

La idea de acción afirmativa podría apoyarse en la jurisprudencia de obligaciones positivas desarrollada por el Tribunal, parecida a la de los órganos de tratado de Naciones Unidas. Según esta jurisprudencia, las disposiciones de la Convención no sólo obligan a los Estados a abstenerse de violar los derechos de los individuos, sino también de adoptar medidas positivas para garantizar en pleno disfrute de estos derechos. Sin embargo, aunque esta jurisprudencia se ha desarrollado parcialmente en base a situaciones de discriminación⁵⁹ y en ocasiones se ha entendido como una obligación de mejorar la situación económica o social de la persona⁶⁰, la Corte no ha encontrado hasta ahora una obligación de discriminación positiva o de acción afirmativa en los derechos de la Convención, en el sentido de una obligación explícita de hacer frente a desigualdades de hecho.

Con las limitaciones del artículo 14 en mente, los Estados miembros adoptaron un protocolo al Convenio el 4 de noviembre de 2000. La motivación principal para la adopción del protocolo fue la introducción de una cláusula de prohibición de discriminación general parecida al artículo 26 del Pacto Internacional⁶¹. Es menester mencionar el párrafo preambular en el que se reafirma que “el principio de no-discriminación no impide que los Estados tomen medidas con el fin de promover plena y efectiva igualdad, siempre que ellas tengan justificación objetiva y razonable”⁶². Aquí se reconoce la facultad de los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa en una formulación parecida a la del artículo 1 (4) de la Convención de Discriminación Racial o del artículo 5 de la Directiva europea relativa a la discriminación racial. Sin embargo, el párrafo preambular no impone ninguna obligación de adoptar medidas de acción afirmativa. En cuanto a su limitación, es parecida a los límites considerados por el Relator Especial de la Subcomisión sobre la acción afirmativa o el Tribunal de

⁵⁴ Véase la crítica en la opinión parcialmente disidente del Juez Bonello en el caso *Anguelova c. Bulgaria*, sentencia de 13 de Junio de 2002, pág. 31.

⁵⁵ *Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (merits)*, sentencia de 23 de Julio de 1968, Series A no. 6.

⁵⁶ *Lindsay c. Reino Unido*, Decisión de 11 de Noviembre de 1986, párr. 1 a).

⁵⁷ *Wintersberger c. Austria*, Decisión de 27 de Mayo de 2003, párr. 2 a.

⁵⁸ *Magnado y Südtiroler Volkspartei c Italia*, Decisión de admisibilidad de 15 de Abril de 1994.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Marckx c. Bélgica*, sentencia de 13 de Junio de 1979, Serie A No. 31.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, *Z y otros c. Reino Unido*, informe de la Comisión de 10 de Septiembre de 1999 y sentencia del Tribunal de 10 de Mayo de 2001.

⁶¹ Protocolo 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, ETS No. 177, artículo 1.

⁶² Párrafo del preámbulo 3º (traducción libre).

Luxemburgo: como la acción afirmativa tiene que respetar los demás derechos, sólo se justifica si respeta el principio de proporcionalidad.

2. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

A nivel institucional, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI) monitorea la situación en todos los Estados, llevando a cabo visitas *in loco*, cooperando con la autoridades y publicando sus informes con un análisis fáctico y recomendaciones específicas⁶³. En estos informes la Comisión ha hecho recomendaciones para que los Estados adopten medidas para erradicar la discriminación de grupos vulnerables, la educación de la sociedad y el cambio en la actitud general de la sociedad, el discurso político, concienciar, fortalecer la cohesión social, *etc*⁶⁴. Sin embargo, estas recomendaciones se limitan a sugerencias relativamente generales.

Por otro lado, la Comisión adopta recomendaciones temáticas de política general dirigidas a los gobiernos y da ejemplos de “buenas prácticas”⁶⁵. Vale mencionar la Recomendación No. 7 sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial⁶⁶, en la que la Comisión recomienda que las disposiciones del derecho civil y administrativo contengan cláusulas según las cuales “la discriminación no impida el mantenimiento o la adopción de medidas especiales designadas a prevenir o compensar las desventajas padecidas [...] o a facilitar la plena participación en todos los campos de la vida”. Estas medidas “no deberán ser mantenidas cuando los objetivos hayan sido alcanzados”⁶⁷. Por ende, se puede concluir que la CERI está a favor de las medidas positivas, pero que no tiene una posición muy explícita sobre el alcance de tales medidas.

En el ámbito del Consejo de Europa, la prohibición de discriminación tiene un enfoque decididamente de derecho negativo. Ni la legislación ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo mantienen que los Estados tengan la obligación de adoptar medidas de discriminación positiva. Sin embargo, está aceptado que la acción afirmativa es permitida y no viola la prohibición de discriminación siempre que cumpla con el principio de proporcionalidad. Además, la CERI ha indicado que los Estados deberían asegurar que en su derecho interno la acción afirmativa no se considere como una discriminación ilícita.

⁶³ Artículo 11 del Estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Resolución Res (2002) 8 del Consejo de Ministros, 13 de junio de 2002.

⁶⁴ *Second Report on Sweden*, adopted 28 June 2003 and made public 15 April 2003, CRI (2003) 7; *Second Report on Austria*, Adopted on 16 June 2000 and made public on 3 April 2001, CRI (2001) 3; *Second Report on Belgium*, adopted 18 June 1999 and made public 21 March 2000, CRI (2000) 2; *Second Report on the Czech Republic*, adopted 18 June 1999 and made public 21 March 2000, CRI (2000) 4; *Second Report on France*, adopted 10 December 1999 and made public 27 March 2000, CRI (2000) 21; *Second Report on the Netherlands*, adopted 15 December 2000 and made public 13 November 2001, CRI (2001) 40.

⁶⁵ Artículo 11 del Estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Resolución Res (2002) 8 del Consejo de Ministros, 13 de junio de 2002.

⁶⁶ CRI (2003) 8, 13 de diciembre de 2002.

⁶⁷ *Ibid.*, Párrafo 5.

IV. EL REINO UNIDO

1. El *Race Relations Act 1976* y el *Race Relations (Amendment) Act 2000*

En el Reino Unido la legislación antidiscriminatoria sigue un planteamiento individualista y relativamente formal. Por lo general, la legislación sobre la discriminación racial o por razón de sexo, y la jurisprudencia correspondiente, se basan únicamente en la situación individual, sin tomar en cuenta el más amplio contexto social. Así, en el caso *James v. Eastleigh Borough Council*, el *House of Lords*⁶⁸ consideró que la discriminación de hombres en comparación con mujeres en cuanto a ciertos servicios públicos constituía una discriminación injustificada.

Sin embargo, ya se encontraban algunas excepciones a este principio formal e individualista en el *Race Relations Act 1976*, la principal legislación en materia de discriminación racial. Dicha ley estipula en su capítulo sobre las excepciones a la prohibición de discriminación, que no se considerará ilícita la garantía de acceso a personas de un determinado grupo a ciertos servicios para atender a sus requerimientos especiales relativos a la educación, la formación, el bienestar social u otro beneficio subordinado⁶⁹. También permite la adopción de medidas positivas con respecto a la formación profesional y el empleo cuando la proporción de personas del grupo en cuestión es baja en comparación con personas de otros grupos⁷⁰.

Además, el artículo 71 del *Race Relations Act 1976* contenía la obligación de las autoridades públicas de tomar medidas apropiadas para eliminar la discriminación racial y promover la igualdad de oportunidad y las buenas relaciones entre personas de diferentes grupos raciales. Sin embargo, esta obligación no tenía mecanismos de supervisión muy fuertes, así que su cumplimiento por las autoridades resultó inconsistente. En su tercer informe sobre el *Race Relations Act 1976*, la Comisión de Igualdad Racial (“*Commission for Racial Equality*”), el órgano encargado por ley de velar por su cumplimiento⁷¹, recomendó que se adoptase una obligación legal de promover la igualdad racial que tuviese un mecanismo eficiente para vigilar su cumplimiento⁷².

Tras el informe de la Comisión de investigación sobre el caso de *Stephen Lawrence*⁷³, en el que se había denunciado el “racismo institucional” de las fuerzas policiales, su falta de responsabilidad ante la legislación contra el racismo así como la falta de confianza en las fuerzas de policía por parte de las minorías étnicas, el parlamento adoptó una nueva ley antidiscriminatoria, el *Race Relations (Amendment) Act 2000*. Dicha legislación fue

⁶⁸ [1990] 1 AC 751 (HL).

⁶⁹ Artículo 35.

⁷⁰ Artículo 37.

⁷¹ Capítulo VII.

⁷² Para mayor información sobre los motivos tras la enmienda del *Race Relations Act 1976* y de la elaboración de una nueva ley véase *Blackstone's Guide to the Race Relations (Amendment) Act 2000*, OUP 2001, pág. 3-11.

⁷³ *Report on the Stephen Lawrence Inquiry* by Sir William MacPherson of Cluny, Febrero de 1999, publicado por Her Majesty's Stationery Office [<http://www.archive.official-documents.co.uk/documents/cm42/4262/4262.htm>].

adoptada con el fin de establecer la responsabilidad de todas las autoridades públicas en actos discriminatorios, de garantizar recursos a los individuos ante los tribunales, así como de crear una obligación general de ciertas autoridades de tomar medidas positivas para eliminar la discriminación y promover la igualdad en sus servicios al público. Esta nueva ley constituye al mismo tiempo una respuesta a la crítica del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁷⁴. Los cambios introducidos por la nueva legislación de 2000 son interesantes ya que introducen nuevas formas vinculantes de combatir la desigualdad de manera estructural.

La ley enmendada trae consigo que las autoridades deban considerar las implicaciones raciales de todos sus actos. Por ejemplo, deben consultar a los representantes de las diferentes comunidades étnicas para elaborar sus políticas, por ejemplo en asuntos de vivienda o de seguridad social.

El cambio atañe también a nuevas medidas de acción afirmativa. El nuevo artículo 71 del *Race Relations Act* enmendado introduce una *obligación general* de promover la igualdad racial en una multitud de autoridades públicas, específicamente listadas en un anexo⁷⁵. Unas 43000 autoridades están sujetas a esta obligación general. La obligación requiere que las autoridades adopten medidas activas para 1) eliminar la discriminación racial ilícita, 2) promover la "igualdad de oportunidades" entre personas de diferentes grupos étnicos y 3) promover las buenas relaciones entre las personas de diferentes grupos étnicos⁷⁶.

Además, el mismo artículo incorpora la posibilidad para el Ministro del Interior de emitir órdenes con *obligaciones específicas* dirigidas a determinadas autoridades⁷⁷. Estas órdenes pueden obligar, entre otras cosas, a la autoridades a preparar y publicar un plan de igualdad racial ("*racial equality scheme*") y un plan de acción para eliminar la discriminación racial. Las autoridades deberán recolectar información relativa a la igualdad racial, publicar los resultados de su evaluación, consulta y monitoreo, y ofrecer a los empleados una formación específica relativa a los problemas de discriminación racial. Algunas de estas órdenes ya fueron emitidas. De esta manera, la ley busca dar posibilidades de otorgar deberes específicos a diferentes servicios públicos, según sus funciones, su tamaño, *etc*⁷⁸. La Comisión de Igualdad Racial, al mismo tiempo, puede elaborar guías prácticas para ayudar los diferentes servicios a cumplir con sus obligaciones⁷⁹.

Si la Comisión de Igualdad Racial considera que una autoridad no ha cumplido con sus obligaciones, tiene la posibilidad de emitir una noticia de cumplimiento ("*compliance notice*") pidiendo a la autoridad que cumpla con sus deberes y provea información sobre

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales al Reino Unido*, 6 de Diciembre de 2001, CCPR/CO/73/UK; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales al Reino Unido*, 23 de Abril de 1997, CERD/C/304/Add.20.

⁷⁵ Es importante notar que la obligación no se aplica a los servicios de inmigración y nacionalidad, quienes no están vinculados por la obligación de promover igualdad de oportunidades entre diferentes grupos étnicos: Explanatory Notes to the Race Relations (Amendment) Act 2000, párr. 34.

⁷⁶ Artículo 71A (1).

⁷⁷ Artículo 71A (2).

⁷⁸ Explanatory Notes to the Race Relations (Amendment) Act 2000, párr. 30.

⁷⁹ Artículo 71C; véase las *Performance Guidelines* emitidas por la Commission for Racial Equality, disponible en su página internet www.cre.gov.uk.

las medidas adoptadas dentro de un plazo de 28 días⁸⁰. Transcurrido un plazo de tres meses desde la emisión de dicha noticia, la Comisión de Igualdad Racial puede acudir a un tribunal⁸¹, el cual puede emitir una orden de cumplimiento (“*compliance order*”)⁸². Igualmente, la Comisión de Igualdad Racial tiene la prerrogativa de hacer investigaciones cuando considera que no tiene suficiente información relativa a la discriminación ilícita en determinados sectores.

Por ende, en consecuencia de la enmienda del *Race Relations Act 1976* en el año 2000, las autoridades públicas tienen la obligación de adoptar medidas estructurales para combatir la discriminación racial. Lo interesante e innovador de este nuevo sistema son los mecanismos para hacer cumplir las obligaciones. Aun cuando son obligaciones de carácter general y no individual, existe un mecanismo de supervisión el cual cuenta con una combinación de supervisión por un órgano especializado en materia de discriminación racial, la Comisión de Igualdad Racial, y, en última instancia, los tribunales que pueden emitir órdenes vinculantes.

2. Irlanda del Norte

En Irlanda del Norte, la legislación antidiscriminatoria sigue, como en Gran Bretaña, un planteamiento relativamente formal, con pocas excepciones; por ejemplo en cuanto a ciertos servicios especiales otorgados a personas de determinados grupos raciales para satisfacer requerimientos especiales respecto de la educación, la formación, el bienestar social u otros beneficios.⁸³

Un desarrollo interesante se encuentra en el *Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998*, que fue redactado con el fin de hacer frente a la discriminación en materia de empleo, que afecta en particular a las personas de religión católica. Esta ley menciona explícitamente en su artículo 5 la meta de igualdad de oportunidades. Además, incorpora claramente la posibilidad de acción afirmativa con el fin de adoptar prácticas para lograr un mayor empleo de miembros de una determinada comunidad y con el fin de combatir prácticas que tienen el efecto de restringir o desalentar esta participación⁸⁴.

En tal sentido, el *Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998* introduce excepciones muy amplias a la definición de discriminación. No se entenderá como una discriminación ilícita toda medida que busque: apoyar las demandas de empleo o de formación para personas de grupos sub-representados, ofrecer formación a una clase particular de personas, cambiar los procedimientos de despido para obtener participación equitativa o formar non-empleados de una denominación particular⁸⁵. Es importante subrayar que, aun cuando la ley otorga un papel central a las medidas de acción afirmativa, no permite la discriminación positiva rígida. El principio del mérito se mantiene como guía de la noción de igualdad de oportunidad.

⁸⁰ Artículo 71D.

⁸¹ Artículo 71E.

⁸² Artículo 71D (3).

⁸³ Artículo 35 del *Race Relations (Northern Ireland) Order 1997*, 1997 Act No. 868 (N.I. 6).

⁸⁴ Artículo 4.

⁸⁵ Artículos 72-74.

Así, se puede divisar un desarrollo interesante en la legislación antidiscriminatoria en el Reino Unido. En primer lugar, con el *Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998* en Irlanda del Norte, se ha reconocido la necesidad absoluta de adoptar medidas para combatir la discriminación en el empleo, resultado de una segregación de muchos años entre los dos grupos religiosos. Así se amplió el elenco de medidas que de por sí no se consideran una discriminación ilícita.

En segundo lugar el *Race Relations (Amendment) Act 2000* introdujo una innovación considerable en términos de medidas estructurales para erradicar la discriminación racial. Las obligaciones que ya existían se fortalecieron de manera sustantiva y procesal. Ahora existen obligaciones más concretas de redactar planes de acción para las autoridades públicas. Si éstas no cumplen con dicho deber, la Comisión de Igualdad Racial tiene la posibilidad de tomar medidas para asegurar el cumplimiento. En último lugar, son los tribunales quienes velan por el cumplimiento de las medidas de acción positiva.

V. SUDÁFRICA

En la joven democracia que es Sudáfrica es indudable que la temática de acción afirmativa juega un papel extraordinario. No puede sorprender, por ende, que exista copiosa jurisprudencia en relación a medidas de discriminación positiva, y que la Constitución y varias leyes la incorporen como una meta importante a lograr tanto en el sector público como privado. Vale, por tanto, describir algunos desarrollos importantes ocurridos en este país.

1. La Constitución

El artículo 9 de la Constitución de 1997⁸⁶ dispone:

9. (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

(2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

(3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

(4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

⁸⁶ Act No. 108 of 1996.

(5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

Bien si esta disposición no contiene una obligación explícita del Estado de seguir una política de acción afirmativa, el segundo párrafo establece claramente que el Estado puede tomar medidas para promover la igualdad para personas de grupos en desventaja y asegurarles el pleno disfrute de todos sus derechos. Además, el artículo establece una obligación de elaborar legislación para prevenir y prohibir discriminación ilícita. En base a esta disposición se han elaborado, en particular, una ley sobre la igualdad en el empleo, la *Employment Equity Act* de 1998⁸⁷ así como una ley general contra la discriminación, la *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*⁸⁸. Estas leyes contienen obligaciones muy avanzadas y descritas con mucho detalle, así como mecanismos de supervisión elaborados y a muchos niveles. En esta corta exposición se describirán los rasgos los más importantes de esta legislación.

2. El *Employment Equity Act* 1998

El *Employment Equity Act* trata el tema de la acción afirmativa desde dos puntos de vista. En primer lugar, excluye las medidas de acción afirmativa de la definición de discriminación ilícita⁸⁹. En segundo lugar, contiene además un capítulo que prohíbe la discriminación, el capítulo III, dedicado enteramente a las obligaciones de acción afirmativa. Esta obligación se dirige a los patronos que emplean a 50 empleados o más así como a aquellos que emplean a menos personas, pero tienen un cierto presupuesto, y a las municipalidades y la mayoría de los órganos del Estado⁹⁰.

Los beneficiarios de la acción afirmativa pueden ser personas de raza negra, así como las mujeres y las personas con discapacidad⁹¹. Según el artículo 15, la acción afirmativa tiene el propósito de que aquellos beneficiarios con "calificación adecuada" obtengan igual oportunidad de empleo y sean equitativamente representados. Con este fin, se deben tomar las siguientes medidas: identificar y eliminar los obstáculos al empleo; favorecer la diversidad en el empleo; asegurar igualdad de oportunidades; y tomar medidas con vista a una representación equitativa. Vale destacar que las medidas para lograr una representación equitativa pueden incluir trato preferencial y metas numéricas, pero excluyen las cuotas⁹². Así, aun cuando el *Employment Equity Act* parece estar basado en un planteamiento de igualdad de resultados, las medidas tienen que ser bastante flexibles para no imponer una igualdad de resultado a cualquier precio. Además, el patrono tiene obligaciones de consultar y llegar a un acuerdo con los empleados⁹³ y de recolectar y analizar información pertinente⁹⁴.

Otro rasgo importante del *Employment Equity Act* es la obligación del patrono de elaborar planes de empleo equitativo ("*employment equity plan*") para períodos de uno a

⁸⁷ Act No. 55 of 1998.

⁸⁸ Act No. 4 of 2000.

⁸⁹ Artículo 6 (2).

⁹⁰ Artículo 1.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Artículo 15 (3).

⁹³ Artículos 16, 17.

⁹⁴ Artículos 18, 19.

cinco años, conteniendo, entre otros, los objetivos a lograr, las medidas de acción afirmativa previstas, metas numéricas, un calendario, los procedimientos internos de resolución de conflictos, las personas responsables, *etc*⁹⁵. Los patronos deben presentar un informe sobre el plan al Ministerio de Trabajo, en determinados plazos⁹⁶.

La ley también define los procedimientos para el monitoreo de las obligaciones anteriormente mencionadas. En cuanto a las medidas de acción afirmativa, es interesante mencionar que el monitoreo es efectuado por el Ministerio de Trabajo y, en última instancia por los tribunales laborales. El *labour inspector*, un empleado público, ya sea de oficio o en razón de una queja de un empleado o representante de sindicato, puede emitir una orden de cumplimiento ("*compliance order*") si considerade que el patrono no cumple con sus obligaciones. Si éste último no cumple con esta orden dentro del plazo definido en la misma orden, el Director General del Ministerio de Trabajo puede acudir a un tribunal laboral. El tribunal, as su vez, puede emitir una orden de cumplimiento basada en la orden del *labour inspector*. La ley también regula los recursos del patrono contra las órdenes ejecutivas y del tribunal laboral⁹⁷. Además, los inspectores laborales velan por el cumplimiento del *Employment Equity Act* y pueden hacer investigaciones, ordenar compensaciones, así como el cumplimiento con las disposiciones de la ley, e imponer multas⁹⁸.

En resumen, las disposiciones del *Employment Equity Act* claramente establecen obligaciones vinculantes de adoptar medidas de acción afirmativa e introducen elaborados mecanismos de vigilancia.

3. El *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*

El *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (en adelante: *Equality Act*) abarca un ámbito de aplicación más amplio que el *Employment Equity Act*. Contiene la prohibición general de discriminación⁹⁹ y se dirige tanto a los órganos públicos, como a las personas privadas. Esta ley trata de la acción afirmativa desde los mismos dos puntos de vista como el *Employment Equity Act*: Es decir, dispone que las medidas de acción afirmativa no constituirán una discriminación ilícita¹⁰⁰ y contiene un capítulo explícitamente tratando de la "promoción de la igualdad"¹⁰¹.

Según el Artículo 25 de esta ley, el Estado tiene la obligación de promover la igualdad. En este sentido debe adoptar medidas de concientización y programas de promoción de la igualdad, elaborar nueva legislación y códigos de práctica, prestar asistencia, elaborar mecanismos de queja, *etc*. La Comisión Sudafricana de Derechos Humanos (*South African Human Rights Commission*) y otras instituciones de protección de la Constitución¹⁰² pueden pedir información a los órganos del Estado sobre el respeto de

⁹⁵ Artículo 20.

⁹⁶ Artículo 21.

⁹⁷ Artículos 36 y siguientes, en particular el artículo 37 (1) y (6).

⁹⁸ Artículo 50.

⁹⁹ Artículo 6.

¹⁰⁰ Artículo 14 (1).

¹⁰¹ Capítulo 5.

¹⁰² Listadas en el Artículo 181 (1) de la Constitución de 1997.

sus obligaciones relativas a la promoción de igualdad¹⁰³. Además, pueden prestar asistencia a personas en procedimientos ante los tribunales, hacer investigaciones o pedir informes al Ministerio¹⁰⁴. El Ministerio de Justicia debe adoptar planes de promoción de igualdad ("*equality plans*") y someterlos, en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del *Equality Act*, a la Comisión de Derechos Humanos¹⁰⁵. Además, todas aquellas personas que ejerzan funciones públicas deben adoptar planes de promoción de igualdad, códigos y mecanismos, monitorearlos, hacerlos cumplir y presentar informes a las autoridades relevantes¹⁰⁶.

Además, el *Equality Act* dispone que todas las personas tienen la obligación de promover la igualdad¹⁰⁷ y asigna al Ministerio la tarea de adoptar reglamentos que requieran que las compañías y otras entidades privadas preparen planes de promoción de igualdad, cumplan con códigos de práctica e informen a las autoridades sobre la medidas de promoción de igualdad.

Esta ley también impone algunas obligaciones específicas de promoción de igualdad relativas a la raza, el género y la discapacidad. En particular, las autoridades públicas tienen el deber de revisar las leyes con vista a eliminar sus aspectos discriminatorios y elaborar legislación pertinente y planes de acción¹⁰⁸.

A pesar de las obligaciones estipuladas en el *Equality Act*, se pueden notar diferencias con el *Employment Equity Act* que demuestran que estas obligaciones son menos concretas que las del ámbito laboral. Se nota, en primer lugar, la diferencia de formulación: mientras que el *Employment Equity Act* habla de "*acción afirmativa*", el *Equality Act* habla de "promoción de la igualdad". Más allá, una diferencia crucial se divisa en los mecanismos de vigilancia. El papel de los tribunales en *Equality Act* abarca la discriminación ilícita, el "*hate speech*" y el "*harassment*"¹⁰⁹, pero no la promoción. Por tanto, el acto no establece claramente si los tribunales pueden pronunciarse sobre la necesidad de adoptar medidas de promoción – aunque tampoco lo excluye expresamente. Así, reside principalmente sobre la Comisión de Derechos Humanos la tarea primordial de velar por el cumplimiento de la obligación de promover la igualdad. Esto es, quizás, una consecuencia del tan amplio alcance de este acto, al contrario del *Employment Equity Act* que contiene obligaciones más específicas.

4. La jurisprudencia

En último lugar, vale mencionar algunos fallos decididos por la Corte Constitucional y otros tribunales en materia de acción afirmativa. La mayoría de estos casos surgen de

¹⁰³ Artículo 25 (2).

¹⁰⁴ Artículo 25 (3).

¹⁰⁵ Artículo 25 (4) y (5).

¹⁰⁶ Artículo 26.

¹⁰⁷ Artículos 24 (2) y 27.

¹⁰⁸ Artículo 28 (3) (b).

¹⁰⁹ Artículo 21.

peticiones de personas blancas contra medidas de acción afirmativa a favor de personas negras¹¹⁰.

En 1998 la Corte Constitucional se pronunció sobre la posibilidad de tomar medidas de acción afirmativa en el caso *City Council of Pretoria v. Walker*¹¹¹. Los hechos eran los siguientes: la ciudad de Pretoria imponía un impuesto más alto para un cierto barrio de la ciudad, habitado por personas blancas, que para otro barrio habitado por personas negras. Además, se sancionaba a las personas del "barrio blanco" con llevarlas ante la justicia en el caso de falta de pago, mientras que esta sanción no existía para el "barrio negro". La Corte Constitucional aplicó su jurisprudencia relativa a la discriminación, a saber una evaluación de dos preguntas: 1) ¿existe discriminación? 2) y si existe ¿ha sido injusta? (*unfair*). En este caso, la Corte consideró que sí había discriminación. Sin embargo, aceptó la justificación de imponer impuestos diferentes para que las áreas más acomodadas subsidien a las áreas más pobres. Sin embargo, consideró que la sanción diferente constituía una afectación de la dignidad de las personas y era, por tanto, injustificada. A partir de este caso la Corte somete las medidas de acción positiva a la prohibición de discriminación, pero considera que la acción afirmativa puede justificar un trato preferencial, siempre que el impacto sobre las personas no beneficiadas no sea desproporcional.

En otros casos pertinentes, los tribunales han desarrollado ciertos requerimientos para las medidas de acción afirmativa. Por ejemplo, en el caso *George v. Liberty Life Association of Africa Ltd.*, el tribunal industrial ("Industrial Tribunal") consideró que no es suficiente que el beneficiario de la acción afirmativa sea miembro de un grupo discriminado, sino que había que considerar su contexto personal¹¹². En un caso importante, *Public Servants Association of SA & another v. Minister of Justice & others*, el tribunal consideró que una discriminación no se podía justificar con una medida de acción afirmativa aislada, sino que debía ser parte de un plan sistemático de acción afirmativa¹¹³. En el caso *Antoinette McInnes v. Technikon Natal* el tribunal sostuvo que la discriminación de una persona manifiestamente mejor calificada que el beneficiario no se podía justificar, porque una tal preferencia negaría la obligación de la institución de prestar servicios de calidad. La raza, entonces, no es, en la opinión de la Corte, el único criterio pertinente para una promoción.¹¹⁴

Aun cuando existen muchos más fallos en materia de acción afirmativa, los mencionados son suficientes para demostrar que los tribunales en Sudáfrica adoptan un planteamiento relativamente similar al de los demás órganos analizados más arriba: las medidas de acción afirmativa están sujetas a la prohibición de discriminación y por ende deben tener una justificación objetiva y razonable además de cumplir con el principio de proporcionalidad. Esto último significa, por ejemplo, que no se pueden adoptar criterios demasiado rígidos que no permitan tomar en cuenta todos los criterios pertinentes a la situación. Es interesante también recordar que la medida de acción afirmativa debe ser parte de un plan más amplio y sistemático, y así evitar medidas aisladas y arbitrarias.

¹¹⁰ Véase Darcy Du Toit, *When Does Affirmative Action in Favour of Certain Employees Become Unfair Discrimination against Others?*, in: [2001] International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 5, pág. 147-166.

¹¹¹ [1998] 2 SA 363 (CC).

¹¹² [1996] 17 ILJ 571 (IC).

¹¹³ [1997] 5 BCLR 577 (I).

¹¹⁴ [2000] 21 ILJ 1138 (LC).

Vale destacar que el artículo 14 del *Equality Act*, que describe los criterios a tomar en cuenta para saber si una discriminación es injustificada o no, refleja la jurisprudencia en materia de discriminación, particularmente los criterios que influyen en la determinación de la proporcionalidad de un acto. Sin embargo, el párrafo primero de este artículo excluye de la definición de discriminación injustificada las medidas de acción positiva. A la luz de la jurisprudencia mencionada, esta norma se debe interpretar de manera que las medidas de acción positiva deben ser sometidas al control de proporcionalidad para saber si son justificadas o no. El párrafo primero se deberá entender como una afirmación de que la acción afirmativa es, en principio, una meta legítima para un trato preferencial.

En resumen, se puede concluir de la jurisprudencia y la legislación otorgan una importancia primaria a la acción afirmativa. El problema principal, sin embargo, es la implementación de las políticas de acción afirmativa. En cuanto a los tribunales, se es notorio que el personal jurídico carece de la formación necesaria en materia de igualdad y que el presupuesto no es suficiente para asegurar un adecuado tratamiento de los casos. Además, falta la confianza necesaria de la población hacia el sistema jurídico¹¹⁵. En cuanto a la práctica relacionada con lo dispuesto por el *Equity Employment Act*, muchos de los planes de acción afirmativa no han sido presentados en los plazos definidos¹¹⁶. Igualmente, existen limitaciones presupuestarias a la implementación del *Equality Act*¹¹⁷.

RESUMEN

De los sistemas internacionales y nacionales mencionados, se puede resumir que, hoy en día, la legitimidad de la acción afirmativa se puede afirmar más allá de duda. Los órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas sostienen que la adopción de medidas de acción afirmativa no es solamente permitida por las Convenciones, sino que incluso los Estados tienen un deber de adoptarlas. En el marco de la Unión Europea, esta obligación positiva es menos obvia. En la directiva relativa a discriminación racial no existe una obligación en este sentido. Sin embargo, las políticas europeas para combatir la discriminación racial reconocen la necesidad de tomar medidas a nivel estructural para erradicar la discriminación arraigada en la sociedad y lograr una igualdad de oportunidades. En el Consejo de Europa se puede

¹¹⁵ Grete S. Vogt, *Non-Discrimination on the Grounds of Race in South Africa*, in: [2001] *Journal of African Law*, Vol 45, pág. 196, 205.

¹¹⁶ J. February & L. Abrahams, *Entrenching Equality by Countering Racism in South Africa: a Legislative Brief*, in: [2001] *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 5, pág. 119, 123.

¹¹⁷ *Ibid.*, pág. 125.

divisar un planteamiento similar: no existe obligación de acción afirmativa, pero la Comisión sobre el Racismo y la Intolerancia alienta a los Estados a que tomen medidas para promover una igualdad efectiva para todos.

En el Reino Unido, a pesar de una legislación relativamente formal, se introdujo un deber de las autoridades públicas de adoptar planes de promoción de la igualdad. Asimismo, el cumplimiento de este deber está supervisado, en última instancia, por los tribunales, demostrando así un compromiso real para hacer frente a la discriminación estructural. El sistema legislativo en Sudáfrica prevé, a su vez, la obligación de tomar medidas concretas de acción afirmativa con vista en el empleo y son también los jueces quienes velan por el cumplimiento de estas medidas. Es el único de los sistemas analizados que se impone explícitamente la meta de lograr una igualdad de resultados, aun cuando las medidas establecidas se asemejan más a medidas de igualdad de oportunidades. Además, la legislación sudafricana introduce un deber de adoptar medidas de promoción de igualdad tanto para las autoridades públicas como las personas privadas.

Todos los sistemas estudiados siguen un enfoque muy parecido en relación con la problemática de la discriminación al inverso. La preferencia de una persona por razón de acción afirmativa se justifica bajo ciertas condiciones. Todos los órganos de vigilancia y tribunales consideran que las medidas de acción positiva están sometidas a la prohibición de discriminación injustificada. Por tanto, tienen que cumplir con ciertas condiciones para poder ser aceptadas: deben tener un objetivo legítimo, deben cumplir con el principio de proporcionalidad y deben ser temporales. Estas condiciones significan, por ejemplo, que las medidas no deben ser aisladas, sino inscribirse en una política sistemática de acción afirmativa; además deben ser flexibles y no tomar solamente el objetivo de la acción afirmativa en cuenta, sino todos los criterios relativos a las personas afectadas y el contexto social concreto. Al final, es interesante notar que la noción de mérito parece constituir un criterio central que impone límites a las medidas de acción afirmativa, como se ve particularmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de los tribunales sudafricanos.