

DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA DISCRIMINACION

Eduardo Rabossi

Centro de Estudios Institucionales
Argentina.

1. INTRODUCCION

El propósito de este trabajo es elucidar el concepto de discriminación tal como aparece en la normativa nacional e internacional y discutir algunos problemas asociados que se manifiestan en decisiones de algunos organismos internacionales y en opiniones de expertos¹. El concepto de discriminación es dependiente del concepto de igualdad, del mismo modo que el principio de no discriminación es dependiente del principio de igualdad. De tal manera, el primer paso que corresponde dar consiste en incursionar en el concepto de igualdad y en el principio de igualdad. Conviene aclarar que me propongo efectuar un análisis selectivo del tema de la igualdad: sólo tocaré aspectos puntualmente relevantes para el análisis del concepto de discriminación y del principio correspondiente.

Considero que un trabajo de este tipo es un paso preliminar, necesario, para la elaboración de las cuestiones jurídicas y políticas relacionadas con la discriminación. También lo es para el diseño y la realización de un trabajo empírico de medición de actitudes discriminatorias.

2. IGUALDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

Los enunciados del tipo «M y N son iguales» y «Todos los H son iguales» carecen de sentido si no incluyen una referencia a lo que denominaré el *patron de igualdad*. Por ejemplo, «N y M son iguales respecto de su altura o de su peso», «Todos los H son iguales respecto de determinado

¹ El presente texto ha sido presentado y discutido en el Seminario sobre Discriminación y Derechos Humanos que desarrollé en el Centro de Estudios Institucionales en los meses de noviembre de 1989 y abril de 1990.

trato social». Toda afirmación significativa de igualdad involucra, pues, una referencia explícita o implícita a un patrón de igualdad. Esto implica, a su vez, que la existencia de ese patrón de igualdad excluye *prima facie* la relevancia de otros patrones posibles de igualdad. La circunstancia de que todos los M sean iguales respecto de P no implica que sean iguales respecto de Q, por ejemplo, aunque P y Q estén relacionados.

Los enunciados de igualdad en ciertos usos estándar son enunciados con contenido empírico, es decir, son enunciados que poseen condiciones de verdad. Esto implica que, en definitiva, puedan ser declarados verdaderos o falsos. Pero, como se sabe, los enunciados de igualdad también pueden ser usados, sin alterar su formulación, con fines normativos. En este caso, lo que se persigue con su formulación y con los efectos que produce es, obviamente, distinto a lo que se persigue con su uso empírico. Tomemos el caso del Artículo Primero, primera cláusula, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos.» Es obvio que, tomado descriptivamente, lo que el texto asevera es falso. Y cuando se lo toma normativamente, es bueno preguntarse por lo que expresa. Puede responderse que estipula una pauta que debe regular toda aseveración concreta acerca de seres humanos en lo que hace a patrones relevantes. Puede responderse también que establece o apunta al establecimiento de políticas tendientes a garantizar o a poner en vigencia la idea de que todos los seres humanos sean iguales en dignidad y derechos. O puede interpretarse que exhibe o expresa un ideal a tomar en cuenta. Nietzsche confundió los usos descriptivo y normativo de la aseveración «Todos los seres humanos son creados iguales», cuando dijo que era la mentira más grande que jamás se había pronunciado. Obviamente, se trata de un enunciado normativo y no descriptivo. Pero también se equivocaron, creo yo, los asambleístas que firmaron la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos cuando dijeron que se trataba de una verdad evidente. No hay tal verdad, en tanto se considere que los enunciados normativos no tienen la posibilidad de exhibir una dimensión verdad-falsedad.

¿Qué establece el principio de igualdad? Como se sabe, hay una extensa bibliografía filosófica y técnica que intenta responder a esta pregunta. Una formulación posible puede ser la siguiente: *en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo.* Esta enunciación, como cualquier otra, lleva a plantear una serie de interrogantes. ¿Qué se entiende por aspectos relevantes? ¿Qué vale como una distinción razonable que no afecta el principio de igualdad? ¿Cuáles son las razones suficientes? ¿Qué valores o qué principios, además de valor de la igualdad, entran en juego cuando se comienza a considerar casos concretos?

Una respuesta global, aunque por cierto insatisfactoria, a este grupo de preguntas es que toda decisión razonable (o irrazonable) se toma o presupone valoraciones relevantes. Pero cabe advertir que no toda valoración relevante es una valoración aceptable desde un punto de vista

moral. En consecuencia, la pregunta central que queda en pie es la siguiente: cómo decidir acerca de la aceptabilidad moral o de la no aceptabilidad moral de los estándares relevantes. La posibilidad de responder esta pregunta implica, para algunos, hacer referencia a estándares comunitarios; para otros, a estándares críticos; para otros, aún, a estándares universales positivos.

Es consistente con el principio de igualdad que los seres humanos sean tratados de manera diferencial, en tanto las diferencias en juego sean relevantes. Las consecuencias que se siguen de esto son, al menos, dos. La primera es que el principio de igualdad parece incluir, como parte esencial, el reconocimiento de que los seres humanos puedan ser tratados de manera diferencial en tanto y en cuanto las diferencias en juego sean relevantes desde cierto punto de vista aceptable.

La segunda consecuencia es la que más nos interesa en este contexto: se siguen del principio de igualdad, o se derivan o están conectados con él, dos principios importantes. El primero es el *principio de no discriminación*, que, como se suele decir, es algo así como el principio negativo del principio de igualdad, al prohibir diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios, o irrazonables. El segundo principio, que se suele llamar *principio de protección*, está diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina «discriminación inversa» y «acción positiva»².

3. IGUALDAD Y PROCESO MORAL

Los sistemas jurídicos positivos son buenos espejos de las valoraciones que tienen vigencia en una sociedad dada, en una época dada. Como se ha señalado muchas veces, revisar el contenido de sistemas jurídicos antiguos permite advertir en qué medida el derecho reflejaba en esas épocas desigualdades sistemáticas, dado que normalmente cada individuo poseía un *status* dentro de la sociedad, *status* que le era impuesto con independencia de su voluntad y como resultado de ciertas circunstancias que estaban más allá de su control. Se suele definir un *status* como la condición de pertenecer a determinada clase a la que el derecho asigna ciertas capacidades o facultades y ciertas incapacidades legales. De tal modo, en los sistemas antiguos la posición legal de cada individuo dependía de haber nacido libre o esclavo, de ser noble o villano, de ser nativo o extranjero, de ser hombre o mujer, etc. Como se ve, la mayoría de las diferencias en *status* son, como se suele decir, desigualdades naturales en el sentido, ya mencionado, de que dependen del nacimiento y de otras circunstancias inalterables que, en general, están fuera del control de cada uno de los individuos.

² La discriminación inversa, y en general las medidas de acción directa, plantea problemas éticos, jurídicos y políticos sumamente complicados. Su análisis resulta crucial en un estudio general de la discriminación. Dado el objetivo específico de este trabajo, postergaré ese análisis para otra ocasión.

T. E. Holland ha enumerado las distintas variedades de *status* detectables en los sistemas jurídicos antiguos³. Creo que vale la pena repasar la nómina: ser varón o mujer, ser menor, estar sujeto a la patria potestad o ejercerla, ser casado (particularmente ser mujer casada), ser soltero, padecer defectos mentales, padecer defectos físicos, pertenecer a cierto rango, pertenecer a cierta casta, tener cierta posición oficial, tener cierta raza, tener cierto color, ser esclavo, tener cierta posición, haber sido declarado muerto civil, ser ilegítimo (en algún sentido relevante), ser hereje, tener nacionalidad extranjera, tener una nacionalidad considerada hostil a la nacionalidad del país. A esta nómina se suele agregar ser criminal y estar en bancarrota. Cuando se discute el tema de la discriminación es interesante repasar este tipo de antecedentes históricos para advertir hasta qué punto las discusiones en torno al principio de igualdad y al concepto de igualdad van de la mano de una notable evolución en la historia de la humanidad. En ese sentido, creo yo, puede hablarse de la existencia de progreso moral, porque está claro que ese sistema de situaciones que otorgaban desde el comienzo a cada individuo posiciones, que implicaban obviamente violaciones al principio de igualdad, se han ido restringiendo y eliminando en lo que podríamos llamar, insisto, progreso moral de la humanidad⁴. Pero, al mismo tiempo, revisar cómo eran las cosas en el pasado ayuda también a advertir la importancia del tema que nos ocupa. En definitiva, lo que nos interesa es el problema de la discriminación, y está claro que muchas situaciones que en las sociedades antiguas eran consideradas normales son, o deberían ser, consideradas en nuestra sociedad claramente discriminatorias.

A este punto cabe agregar lo siguiente: en general se puede visualizar la historia moral de la humanidad respecto de estos temas como dando pasos sucesivos en dirección a un estado en el que las situaciones de desigualdad son consideradas nocivas, no solamente por el daño que pueden causar a los que participan en ellas, sino porque globalmente, desde el punto de vista social, se considera que son el inicio, el desencadenante de procesos de violencia en la sociedad. Thomas Paine es quien adelantó esa idea cuando sostuvo que la desigualdad de los derechos ha sido la causa de todos los disturbios, insurrecciones y guerras civiles que han acaecido. Cuando se lee el párrafo tercero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede advertirse hasta qué punto se ha recogido en la tesis de Thomas Paine.

³ T. E. HOLLAND, *Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1924, p. 26.

⁴ Que la historia de la humanidad exhibe, entre muchas otras cosas, un progreso en las costumbres, ideas y actitudes morales, es para mí evidente. A quien no comparte esa intuición puede sugerírsele que no evalúe la situación actual en función de un reino angélico futuro, sino en mérito a los usos y costumbres de hace un par de siglos.

4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACION

Los comentarios anteriores apuntan a servir de base al objetivo principal de este trabajo: un análisis del concepto de discriminación.

Lo primero que hay que observar es que el uso normal de «discriminación» es un uso valorativamente neutral. El *Diccionario de la Real Academia* nos proporciona la siguiente sorpresa. Dice: «*Discriminar* en Argentina y Colombia, separar, distinguir, diferenciar una cosa con otra», y «*Discriminación*, en Argentina y Colombia: acción y efecto de discriminar». Este uso neutral de la palabra discriminación y del verbo discriminar es bastante corriente en otros idiomas. Por ejemplo, el *Oxford English Dictionary* también recoge esta versión neutral de «discriminar». Obviamente que ha sido en los contextos jurídicos y políticos en donde entró a tomar vigencia el uso no neutral de «discriminación», es decir, el uso asociado con actitudes, con medidas, que apuntan a efectuar diferencias irrazonables o no justificadas entre personas. Y existen críticos de este paso del uso neutral al uso no neutral de la expresión «discriminación». W. McKean cita, a modo de ejemplo, la siguiente aseveración: «... la individualidad consiste en parte en la discriminación. Acostumbramos referirnos a una persona de calidad y de gustos refinados como un individuo discriminador. Discrimina en favor de la buena literatura, de la doctrina política fina, de la calidad de la amistad, etc. Exhibe buen juicio. Cuando la actitud a discriminar se elimina, la individualidad de los seres humanos desaparece»⁵. No creo que importe entrar en esta polémica acerca de si conviene o no introducir un uso no neutral de discriminación. Sí interesa, al menos, señalar la existencia de un uso neutral auténtico de «discriminación».

Vamos, pues, a lo que puede denominarse el uso comprometido de «discriminación». En este uso, discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Quizá, en una frase más breve, podría decirse que discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible.

En este punto conviene entonces preguntarse por el contenido que uno podría dar al principio de no discriminación, y una formulación posible es ésta: *a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra*. Diría que ésta es una formulación del principio de no discriminación por la negativa. Nuevamente, como con el principio de igualdad, surgen al menos dos cuestiones centrales: qué debemos entender por «razones relevantes» y cuáles son los criterios aceptables y, en ambos casos, cómo los identificamos, y parece importante tratar de responderlas con algún detalle.

⁵ W. MCKEAN, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 9, n. 44.

5. LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE DISCRIMINACION

Cuando uno revisa los textos básicos de la normativa internacional se encuentra que hay una constante en todos ellos, en el sentido de que formulan nóminas de criterios críticos, es decir, enumeran rasgos o condiciones generales que pueden significar, típicamente, la realización de actos discriminatorios.

También incluyen formulaciones que avalan el principio de igualdad. En el Apéndice I incluyo las disposiciones relevantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 2 (1) (2) (7)—, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre —art. 2—, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —arts. 2 (1), 3, 20 (2), 23 (4), 24 (1), 26— y de la Convención Americana de Derechos Humanos —arts. 1 (1) (2), 13 (5), 17 (4) y 24—.

La Declaración Universal ha sentado la base de la enumeración estándar de criterios críticos, que incluye rasgos o condiciones: *a)* adquiridos naturalmente (raza, color, sexo); *b)* condicionados culturalmente (idioma, religión, nacimiento, origen social, posición económica); *c)* condicionados jurídicamente (origen nacional), y *d)* decididos personalmente (opinión política o de cualquier índole). Es claro que las categorías clasificatorias que empleo no pueden ser totalmente nítidas y que hay criterios críticos que pueden asignarse al mismo tiempo a varias categorías. La nómina de la Declaración Universal se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana. Quizá el punto más importante en la evaluación de esta enumeración es el que se refiere a las «cláusulas abiertas» que aparecen en varias de estas normas. Por ejemplo, en la Declaración Universal se menciona a «cualquier otra condición. En la Declaración Americana se dice «alguna otra». En el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, «cualquier otra condición social». La Convención Americana repite la misma cláusula del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, «cualquier otra condición social». Estas cláusulas no son triviales, porque el problema que subyace a ellas es que dejan abierta la importante posibilidad de incluir otras causales de discriminación. Hay algunas causales obvias que están excluidas; por ejemplo, discriminaciones por razones de edad —tanto a niños como ancianos—, discriminaciones que tienen que ver con la inclinación sexual de las personas (normalmente, cuando se habla de discriminación sexual se está pensando en la discriminación a las mujeres, en razón de ser mujeres, y se excluye, o se tiende a excluir, a las discriminaciones vinculadas a la inclinación sexual). De cualquier forma, estas normas acotan lo que podríamos denominar el conjunto de normas básicas en la normativa universal y regional relacionadas con aspectos que hacen a la operatividad del principio de no discriminación y del principio de igualdad.

6. LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EL CONCEPTO DE DISCRIMINACION

A diferencia de otros conceptos incluidos en declaraciones y convenciones internacionales, el concepto de discriminación ha merecido una especial atención por parte de los expertos. En consecuencia, existe una definición técnica sumamente satisfactoria del concepto de discriminación. La historia de esa definición comienza en el convenio formulado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1958. Es el conocido Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), llamado Convenio Núm. 111. La definición allí formulada fue tomada posteriormente en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, que es del año 60. Luego fue mejorada en la famosa Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, del año 1965, y, por último, apareció en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del año 1979. Hay, pues, una secuencia histórica que exhibe un desarrollo paulatino de la definición de «discriminación». Es interesante advertir la estrategia definicional que se siguió al reconocerse cuatro bandas definicionales relevantes. En las distintas convenciones se ve cómo el contenido de las bandas va cambiando, en parte por evolución, en parte por los temas de las convenciones.

La primera banda definicional apunta a identificar el *tipo de actos*, es decir, a especificar cuáles son los tipos de actos que característicamente pueden generar actitudes o políticas discriminatorias.

En la segunda banda definicional aparecen lo que denominé *criterios críticos*, esto es, aquellos aspectos, propiedades o cualidades que juegan un papel fundamental en las actitudes, decisiones, normas, acciones discriminatorias.

La tercera banda definicional está compuesta por la enumeración de las *finalidades* u *objetivos* discriminatorios que se persiguen.

La cuarta banda definicional apunta a precisar la *esfera* o las *esferas* que se reconocen como aquellas en las que la discriminación tiene lugar.

Cuando uno analiza el artículo 1 de la Ley 23592, la reciente ley anti-discriminatoria argentina, advierte que esta técnica definicional fue seguida de alguna manera.

Aunque, como veremos más adelante, no fue seguida de una manera sistemática y adecuada. Veremos cómo en los tres artículos que componen la ley se van cambiando los criterios críticos a medida que se van tomando en cuenta otros aspectos. Hechos estos comentarios generales, vamos a ver ahora, comparativamente, en qué consiste cada banda definicional.

La Convención de la OIT, la Núm. 111, menciona como tipos de actos (empleo los verbos en infinitivo): distinguir, excluir y preferir.

En la Convención relativa a la discriminación en el ámbito de la

enseñanza se reitera distinguir, excluir y preferir, pero se agrega otro tipo de acción: limitar.

La Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial repite la enumeración de esos cuatro actos típicos. Por último, en la Convención relativa a la discriminación en contra de la mujer se repite distinguir y excluir, se eliminan los otros tipos, pero se introduce uno nuevo: restringir.

En un análisis más detenido de esta banda definicional cabría preguntarse, naturalmente, por el carácter exhaustivo de estas enumeraciones y si no se podría, de alguna manera, ampliarlas o hacer un recetario más amplio de casos típicos.

En lo que hace a la segunda banda, es decir, a los criterios críticos, la Convención Núm. 111 de la OIT menciona la raza, el color, el sexo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional y el origen social, como factores críticos en función de los que pueden generarse situaciones discriminatorias.

Esta enumeración se repite en la Convención sobre la discriminación en la enseñanza, pero se agregan cuatro nuevos ítems: el idioma, las opiniones políticas «u otras», o sea, se abre un ámbito de posibles opiniones que pueden ser consideradas causa de discriminación; posición económica y condiciones o circunstancias del nacimiento.

En la Convención sobre la discriminación racial, obviamente por razones del tipo de convención de que se trata, se menciona raza, color, linaje u origen nacional o étnico. Esta restricción, obviamente, está conectada con el carácter específico de la convención, como está limitado también el criterio crítico en el caso de la Convención sobre la discriminación de la mujer, que menciona un único ítem: el sexo.

Un juego similar se puede advertir cuando se analiza la banda correspondiente a la finalidad. En la Convención Núm. 111, si uno, por ejemplo, efectúa una distinción motivada por la raza, está discriminando cuando toma en cuenta la raza de modo tal que produzca una alteración o que anule lo que se da en llamar la igualdad de oportunidades o la igualdad en el trato.

Esto ocurre de manera similar en la Convención sobre la discriminación en materia de enseñanza, es cuando se altere o se destruya la igualdad en el trato. Sin embargo, los redactores de esa Convención han tenido la buena idea de enumerar una serie de situaciones que se consideran como situaciones especiales. Debe leérselas, creo yo, como una ampliación de la banda correspondiente a la finalidad: *a)* excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; *b)* limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; *c)* instituir o mantener sistemas o establecimiento de enseñanza separado para personas o grupos, o *d)* colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

La Convención sobre la discriminación de la mujer habla de menoscabar o anular el reconocimiento, el goce y el ejercicio de los derechos y de las libertades fundamentales. Aquí también hay que hacer una salvedad, porque la evaluación que hay que hacer para determinar si cierta

situación se adecúa o no a la definición de discriminación está condicionada al estado civil y a la igualdad entre el hombre y la mujer. Parecieran ser subcláusulas que, de alguna manera, restringen los casos posibles de discriminación. En estos párrafos o subpárrafos de lo que di en llamar las bandas definicionales de la finalidad hay una distinción muy importante que recién se empieza a efectuar cuando se dicta la Convención relativa a la discriminación racial, a saber, la distinción entre la finalidad buscada o la finalidad como un mero resultado. Esto como consecuencia de independizar los criterios o juicios que se puedan hacer sobre cierta actividad de preferencia discriminatoria respecto del elemento subjetivo de quien ha efectuado la discriminación. Esta distinción también se sigue en la Convención contra la discriminación de la mujer. En cambio, originariamente la Convención Núm. 111 solamente se refería a los efectos, asociaba la posibilidad de que sólo existiera discriminación cuando el objetivo perseguido en el acto por quien discrimina era discriminar. En tal concepción se produce discriminación, aunque alguien no quiera discriminar, con independencia del hecho objetivo de que se produzca una situación discriminatoria. La Convención sobre la discriminación en la enseñanza habla ambiguamente de finalidad y efecto.

La última banda tiene que ver con la definición del ámbito. En la Convención Núm. 111 es el empleo o la ocupación; en la de la enseñanza es la enseñanza; en la racial se mencionan los ámbitos político, económico, social, cultural u «otros ámbitos de la vida pública»; en la de discriminación contra la mujer también aparece una lista de esferas: política, económica, social, cultural, civil «o en cualquier otra esfera», lo cual pareciera dejar abierta, si es tan clara como la racial, otra esfera de la vida pública, aun esferas privadas, lo cual también plantea un problema de tipo interpretativo.

Cuando se analiza la Ley 23592 se advierte que estas bandas definicionales cambian básicamente de artículo a artículo. El artículo 1 habla de actos de impedir, obstruir, restringir, menoscabar, y cualifica todos estos actos con el adverbio «arbitrariamente». En cuanto a los criterios que di en llamar los criterios críticos menciona raza, religión, nacionalidad, opinión política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica, posición social y caracteres físicos. La banda de finalidad menciona afectar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional. No pareciera darse una distinción clara entre efectos y resultados. El ámbito queda abierto. En el artículo 2, que establece una sobrecarga en las penas, en los casos en que los delitos hayan sido cometidos por motivaciones discriminatorias, obviamente el tipo de actos son delitos cometidos de acuerdo a las figuras del Código Penal, pero en este caso los criterios críticos se restringen a la persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, y a la destrucción total o en parte de un grupo nacional étnico o racial o religioso. No se consideran, pues, varios criterios mencionados en el artículo 1. Por fin, en el artículo 3, que constituye una nueva figura delictiva, la Ley habla de «participar en organizaciones o

realizar propaganda basadas en ideas o teorías de superioridad racial, etc., o atentar o instar a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas». Estos criterios críticos son distintos de los del artículo 2. Llama la atención que no se haya explicitado como relevante la motivación específica de la incitación a la persecución o al odio, aunque dado el contexto pareciera que debe relacionársela con cuestiones raciales, religiosas o étnicas. Se trata de una desprolijidad importante, tratándose de la definición de una figura delictiva.

7. PREFERENCIAS RAZONABLES *VERSUS* DISCRIMINACION

Está claro que no toda exclusión, por ejemplo por motivos raciales en el ámbito social, constituye un acto discriminatorio. Lo es, según la definición que hemos analizado, sólo si tiene como efecto o resultado la afectación de derechos o de libertades fundamentales del afectado. ¿Cómo establecer la producción del efecto o del resultado? Adviertan ustedes que un criterio subjetivo, es decir, un criterio que apunte a identificar las intenciones del afectante y/o los sentimientos del afectado, no es suficiente y, por tanto, no es adecuado. La distinción entre efectos y resultados muestra claramente que basarse solamente en un criterio objetivo no es, insisto, ni suficiente ni adecuado. La pregunta sigue, pues, en pie: ¿cómo elaborar criterios que permitan distinguir, en definitiva, cuándo un acto es discriminatorio y cuándo es una preferencia razonable? En dos de las Convenciones internacionales que he citado, en la Convención Núm. 111 y la de discriminación contra la mujer, se mencionan situaciones que *prima facie* podrían ser discriminatorias pero que se considera que no lo son. El artículo 1, segunda parte, de la Convención Núm. 111 dice: «... las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación». Deja abierto, naturalmente, a cada profesión y a cada sociedad determinar qué se entiende normalmente en un empleo determinado por las calificaciones normalmente exigidas. Lo mismo ocurre en la Convención sobre discriminación en materia de enseñanza. En su artículo 2 menciona tres situaciones que no serán consideradas constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1; a saber: 1) la creación y mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separada para alumnos de sexo masculino y de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan condiciones equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de personal; 2) la creación o mantenimiento por motivo de orden religioso o lingüístico de establecimientos o sistemas separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos si la participación en esos sistemas; y 3) la creación y mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a

las que proporciona el poder público y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad.

A su vez, la Convención relativa a la discriminación racial (art. 1, sección 4) y la Convención relativa a la discriminación contra la mujer (art. 4) van aún más allá, porque reconocen como no discriminatorias prácticas de acción positiva o de discriminación por razones raciales: «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 el objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el goce o el disfrute de derechos humanos y las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan como consecuencia al mantenimiento de derechos distintos para diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron». Esta norma es importante, pues en ella se reconoce oficialmente el carácter no discriminatorio de políticas que estén basadas o que impongan técnicas de discriminación inversa. Este reduce el problema que esas políticas plantean a su diseño y a su efectividad. Un problema, sin duda, complicado.

Pero ¿existen criterios claros para distinguir, en casos concretos, cuándo un acto de preferencia es razonable y cuándo es discriminatorio? ¿Existe alguna «jurisprudencia» elaborada al respecto por órganos jurisdiccionales?

En 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos produjo una opinión consultiva⁶, a solicitud del gobierno de Costa Rica, relativa a una posible cláusula constitucional que establecía que la mujer no costarricense que contrajera matrimonio con un costarricense obtendría en ciertas condiciones la nacionalidad del marido. La cláusula había provocado discusiones entre quienes sostenían que implicaba un trato discriminatorio y quienes pensaban que establecía una preferencia razonable.

La Corte se expidió declarando que la cláusula era discriminatoria y tocó, como era de esperar, el tema de los criterios de distinción entre discriminación, preferencia razonable. Luego de señalar que no toda diferencia en el trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana, de mencionar que la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que sólo es discriminatoria una distinción cuando «carece de justificación objetiva y razonable», y de sostener que existen desigualdades de hecho que pueden legítimamente traducirse en desigualdades en el trato jurídico, la Corte dijo: «No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una funda-

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-4/84.

da conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales, no pueden apartarse de la justicia de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Si bien no puede desconocerse que la circunstancia de hecho puede hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieran dimensiones concretas a la luz de la realidad en la que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.» El juez R. E. Piza Escalante sistematizó en su «voto separado» los criterios empleados por la Corte y sostuvo, en tal sentido, que el concepto de discriminación debía caracterizarse en función de tres criterios básicos: razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a las circunstancias. Y, a continuación, sostuvo: «14. De acuerdo al criterio de "razonabilidad", una distinción... sería discriminatoria y, por ende, ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. La calificación de estos criterios de razonabilidad en cada caso concreto es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando, eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles ajustados a aquellos principios. 15. De acuerdo con el criterio de "proporcionalidad", aun siendo razonable... sería discriminatoria si no se adecúa armónicamente a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y de valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo... 16. Finalmente, de acuerdo con el criterio de "adecuación", una distinción, aun razonable y proporcionada... puede resultar discriminatoria e ilegítima con vista de las circunstancias históricas relativas —históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.— de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos.» En definitiva, tanto la Corte como Piza Escalante parecen adoptar los criterios expuestos por la Corte Europea de Derechos Humanos y extraídos, según ella, de la práctica judicial de «gran número de países democráticos». La Corte Europea dijo: «... la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artícu-

lo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hechos y de derechos que caractericen la vida de la sociedad en el estado en el que, en calidad de parte contratante, responde de la medida impugnada»⁷.

En suma, parece haber acuerdo en que los criterios para distinguir esta preferencia razonable y discriminación tienen que ver, de alguna manera, con «la vida de la sociedad en el estado» y con las circunstancias históricas relativas (adecuación), con la existencia de una relación adecuada entre medios y fines (proporcionalidad) y con algo más abstracto: la adecuación a principios (razonabilidad). Y es en este punto que se da una gran diferencia entre la Corte Interamericana (Piza Escalante incluido) y la Corte Europea: la primera habla de la justicia, la razón, la naturaleza de las cosas, los imperativos del bien común; la segunda habla, mucho más concretamente, de los «principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas». Y si bien dista de ser claro cuáles son esos principios y cómo puede explicitárselos sin caer, en el caso, en circularidad (no sería relevante alegar, por ejemplo, que uno de tales principios es el de no discriminación a los efectos de dar contenido, en un caso concreto, al criterio de razonabilidad), no cabe duda de que la estrategia de la Corte Europea apunta a identificar «contenidos específicos» extraídos de una forma política concreta. Las apelaciones de la Corte Interamericana, en cambio, difícilmente pueden recibir contenido, más allá de las aseveraciones tan vagorosas e imprecisas como las referidas.

8. LAS MODALIDADES DE LA DISCRIMINACION

Parece importante incluir, en la elaboración de los criterios que permiten distinguir entre preferencia razonable y discriminación, una caracterización —o, al menos, un intento de caracterización— de las modalidades de la discriminación, esto es, de las circunstancias que se relacionen con los actores, la extensión y las estrategias de cada caso concreto en que pueda hablarse, *prima facie*, de discriminación.

Adviértase que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se suele tocar esta cuestión de una manera comprensiblemente simple. Se distingue entre la discriminación *de iure* y discriminación *de facto*, entendiéndose que la primera se efectiviza en el contenido de las normas jurídicas y que la segunda se produce como consecuencia de la aplicación de las normas jurídicas, sin que necesariamente esas normas sean por sí discriminatorias. Digo que esta clasificación es compres-

⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, Case «relating to certain aspects of the laws on the uses of language in education in Belgium» (Merite). Judgment of the 23rd of July, 1968. p. 34.

blemente simple porque, dado que en el orden internacional la responsabilidad por actos discriminatorios corre por cuenta de los estados, pareciera que un estado puede practicar discriminación, o ser acusado de ello, a través de las normas jurídicas que dicta o a través de la aplicación de normas jurídicas vigentes.

El caso es distinto cuando se pasa a la órbita nacional, es decir, cuando es el propio estado el que trata de identificar o controlar casos posibles o efectivos de discriminación. Por cierto que la clasificación *de iure/de facto* es relevante en tales circunstancias, pero es obvio que resulta insuficiente. He aquí, pues, una propuesta de modalidades de discriminación que supone apelar a criterios distintos.

Agentes discriminadores:

- A) Funcionarios estatales.
- B) Personas privadas:
 - 1. Personas individuales.
 - 2. Personas jurídicas.
 - 3. Organizaciones, grupos, partidos políticos, etc.

Entidades discriminadas:

- A) Personas individuales o jurídicas.
- B) Personas colectivas (organizaciones, grupos, etc.).

Modalidad de la discriminación:

- A) Actos esporádicos.
- B) Actos sistemáticos.

Causales de discriminación:

Causales mencionadas en los instrumentos universales, regionales y nacionales como criterios críticos.

Objetivos o finalidades discriminatorias:

- A) Aislamiento, separación.
- B) Discriminación.
- C) Eliminación, destrucción, aniquilamiento.

Esta propuesta sólo pretende dar un ejemplo de cómo elaborar criterios sistemáticos que cubran los diversos aspectos de los actos discriminatorios con el fin de perfeccionar la categorización de los mismos y ayudar a la elaboración de criterios operativos que permitan distinguir, con la mayor claridad posible, las preferencias razonables de los actos discriminatorios. Por lo demás, esta propuesta es dependiente de una estrategia más general relativa a la elaboración de criterios generales válidos para las violaciones a los derechos humanos *tout court*⁸.

⁸ Véase mi trabajo «El concepto de violación de los derechos humanos» (manuscrito).

9. COMENTARIOS FINALES

En este trabajo he pretendido reunir y presentar una serie de temas que resultan relevantes para una elaboración adecuada del concepto de discriminación. El punto central es que difícilmente puede avanzarse de manera adecuada en temas concretos de discriminación si no se cuenta con un concepto adecuado y con criterios operativos de aplicación. Por lo demás, tampoco parece posible diseñar trabajos de campo aceptablemente adecuados si no se parte de una concepción clara de los rasgos típicos de los actos discriminatorios. Por cierto que estas tesis no son nuevas. El problema es que, en la práctica, no se encuentran suficientemente fundadas.

A P E N D I C E I

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 2. 1. La persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Artículo 2. *Derecho de igualdad ante la ley.*

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 20. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Artículo 23. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 1. *Obligación de respetar los derechos.*

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 13. *Libertad de pensamiento y de expresión.*

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religiosos que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 17. *Protección a la familia.*

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Artículo 24. *Igualdad ante la ley.*

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

A P E N D I C E I I

ACTOS DISCRIMINATORIOS

LEY 23592

Sancionada: 3 de agosto de 1988.

Promulgada: 23 de agosto de 1988.

Artículo 1. Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Artículo 2. Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Artículo 3. Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados

Eduardo Rabossi

en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.