PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Guía práctica para elaborar legislación general contra la discriminación

NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

EQUAL RIGHTS TRUST

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Guía práctica para elaborar legislación general contra la discriminación

NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

EQUAL RIGHTS TRUST

Nueva York y Ginebra, 2024

Obra publicada conjuntamente por las Naciones Unidas, en nombre de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), y Equal Rights Trust.

Las solicitudes de reproducción de extractos o de fotocopias deben dirigirse al Copyright Clearance Center en copyright.com.

Todas las demás consultas sobre derechos y licencias, incluidos los derechos subsidiarios, deben dirigirse a: Publicaciones de las Naciones Unidas, 405 East 42nd Street, S-11FW001, New York, NY 10017, Estados Unidos de América.

Correo electrónico: Permissions@un.org; sitio web: Shop.un.org/es.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales signaturas significa que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Equal Rights Trust reconoce con aprecio a los donantes cuya financiación ha respaldado el trabajo de su personal durante la elaboración de la guía, que se ha producido con la ayuda financiera de la Unión Europea, el Ministerio de Relaciones Exteriores, del Commonwealth y de Desarrollo del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Sigrid Rausing Trust.

Los puntos de vista y opiniones expresados en esta publicación conjunta no reflejan necesariamente la política o posición oficial de la Unión Europea, el Ministerio de Relaciones Exteriores, del Commonwealth y de Desarrollo del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte o el Sigrid Rausing Trust.

© 2024 Naciones Unidas
Derechos reservados en todo el mundo
HR/PUB/22/6
eISBN: 978-92-1-001392-5

La portada y las ilustraciones de las páginas interiores de esta publicación han sido diseñadas por Benito Cabañas, como parte de la campaña de aniversario del ACNUDH “All in 4 Minority Rights”[“Todos apoyamos los derechos de las minorías”]. Las imágenes han sido modificadas por el Servicio de Publicaciones de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra para su uso en la *Guía Práctica*, con la amable autorización de Benito Cabañas.

ÍNDICE

PREFACIO ..... **vii**
AGRADECIMIENTOS ..... **ix**
RESUMEN EJECUTIVO ..... **x**
INTRODUCCIÓN ..... **xx**

I. METODOLOGÍA, ALCANCE Y LIMITACIONES ..... **xxviii**
A. Metodología y proceso de investigación xxviii
B. Supervisión y orientación xxix
C. Enfoque xxx
D. Alcance y limitaciones xxx

II. CÓMO UTILIZAR LA GUÍA ..... **xxxi**
A. Estructura de la guía xxxi
B. Estructura de las secciones xxxi

PRIMERA PARTE: **OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE PROMULGAR UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN** ..... **xxxiv**

I. CONSENSO SOBRE LA NECESIDAD DE APROBAR UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN **1**
A. El marco del derecho internacional de los derechos humanos 1
B. Obligaciones de respetar, proteger y dar efectividad 2
C. Los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas y su interpretación 4

II. ÓRGANOS BASADOS EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS Y OTROS PROCESOS INTERNACIONALES **6**
A. Titulares de mandatos de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas 6
B. Examen periódico universal 7
C. Otros procesos internacionales 7

III. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN REGIONAL Y NACIONAL **8**
A. África 8
B. Las Américas 10
C. Europa 11
D. Otros avances legislativos nacionales 14

IV. CONCLUSIÓN **15**

SEGUNDA PARTE: **CONTENIDO DE UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN** **16**

I. DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN **17**
A. Prohibición de la discriminación 17
1. Alcance personal del derecho a la no discriminación 19

2. Formas de discriminación 30
3. Alcance material del derecho a la no discriminación....51
4. Justificaciones....55

B. Acción positiva....60
1. Obligación de adoptar medidas de acción positiva 62
2. Finalidad y alcance de las medidas de acción positiva....63
3. Principios para el ejercicio de la acción positiva 66
4. La acción positiva en el marco de una ley general contra la discriminación 69

C. Obligaciones en materia de igualdad 70
1. Accesibilidad....71
2. Obligaciones legales en materia de igualdad....74
3. Garantizar la efectividad de las obligaciones en materia de igualdad 78

II. RECURSO....81

A. Recursos en las distintas ramas del derecho 83

B. Sanción: llevar a los autores ante la justicia 85

C. Reparación: reconocimiento, indemnización y restitución 86

D. Recursos institucionales y sociales....88
1. Recursos institucionales 88
2. Recursos sociales....89

III. JUSTICIA Y CUMPLIMIENTO....93

A. Acceso a la justicia y procedimiento judicial 94
1. Requisitos del acceso a la justicia 94

B. Indicios y pruebas....100
1. Carga de la prueba 100
2. Excepciones a la norma 102
3. Pruebas....102

C. Mecanismos internacionales de justicia 103
1. Mecanismos para presentar denuncias individuales....103
2. Demandantes, demandados y procedimiento 105

IV. ORGANISMOS DE IGUALDAD 107

A. Los organismos de igualdad y el derecho internacional 108

B. Requisitos institucionales para los organismos de igualdad....109
1. Independencia 109
2. Recursos suficientes 110
3. Inclusión, participación y garantía de diversidad....111
4. Acceso a los organismos de igualdad 113

C. Mandatos, funciones y competencias de los organismos de igualdad....114
1. Promoción y prevención 116
2. Apoyo y litigación 118
3. Adopción de decisiones y cumplimiento....119

D. Asegurar la eficacia de los organismos de igualdad....120

V. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN....123

A. Políticas y estrategias de igualdad....124

B. Evaluación del impacto sobre la igualdad 125

C. Seguimiento y datos....128

D. Consulta, implicación y participación....129

TERCERA PARTE: **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS** **132**

I. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN **133**

A. Los derechos de las minorías en el derecho internacional 136

B. ¿Qué personas constituyen las minorías? 137

II. GRUPOS EXPUESTOS A DISCRIMINACIÓN RACIAL Y PERJUICIOS CONEXOS **140**

A. Discriminación racial: *ius cogens*, perjuicio especialmente reprobable y el problema de la negación 144

B. Comunidad, autonomía, igualdad y no discriminación y prácticas nocivas 146

III. MINORÍAS RELIGIOSAS O DE CREENCIAS Y DISCRIMINACIÓN **150**

A. Igualdad y no discriminación en el ejercicio de la libertad de religión o de creencias 150

1. Religión de Estado y minorías religiosas y de creencias 151
2. Reconocimiento en igualdad de condiciones de las comunidades religiosas o de creencias minoritarias y de sus miembros 152

B. Discriminación por motivos de religión o de creencias en otros ámbitos de la vida 155

1. Las prendas de vestir y los símbolos religiosos y la esfera pública 155
2. Las comunidades religiosas o de creencias como garantes de derechos 158
3. Los ajustes razonables y la práctica religiosa 159
4. Exclusión voluntaria en el ámbito de la salud 160

C. Discriminación por otras características en situaciones en las que la religión es un pretexto ... 161

1. Objeción de conciencia y sus límites 161
2. Legislación relativa a la familia y al estatuto personal: matrimonio, divorcio, herencia y sepelio 164
3. Prácticas nocivas 164

IV. IDIOMA, MINORÍAS LINGÜÍSTICAS, DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD E INCLUSIÓN **165**

V. PARTICIPACIÓN REAL Y EFECTIVA DE LAS MINORÍAS Y PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN **173**

VI. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS **174**

CUARTA PARTE: **VIOLENCIA DISCRIMINATORIA Y DELITOS DE ODIO** **180**

QUINTA PARTE: **DISCRIMINACIÓN Y EXPRESIÓN** **186**

I. ASPECTOS DEL DISCURSO Y LA EXPRESIÓN QUE INCIDEN DE FORMA DIRECTA EN LA LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN **188**

II. DISCURSO DE ODIO Y PROHIBICIÓN DE LA INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, LA HOSTILIDAD O LA VIOLENCIA **189**

A. Apología del odio nacional, racial o religioso, así como en relación con la discapacidad, la expresión e identidad de género, el sexo, la orientación sexual, las características sexuales u otros motivos 194

1. Evaluar el contexto 196
2. Distinguir al orador 197

B. Difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial 198

C. Incitación al genocidio 199

D. Incitación a cometer actos terroristas 199
E. Difamación 199

III. SANCIONES POR INCITACIÓN Y OTRAS FORMAS DE EXPRESIÓN BASADAS EN EL ODIO O LOS PREJUICIOS 200

IV. MEDIDAS NO JURÍDICAS 201

SEXTA PARTE: **PROMOCIÓN DE LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD: OBLIGACIÓN DE ABORDAR LAS CAUSAS PROFUNDAS DE LA DISCRIMINACIÓN 206**

I. OBLIGACIONES DIMANANTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE HACER FRENTE A LOS PREJUICIOS, LOS ESTEREOTIPOS Y LA ESTIGMATIZACIÓN 208

II. MEDIDAS ESPECÍFICAS 212

A. Participación y representación en la vida pública 212
B. Diversidad e igualdad de representación 214
C. Educación 215
D. Medios de comunicación y concienciación 216
E. Formación y sensibilización 216
F. Cumplimiento y aplicación 217

III. CONCLUSIÓN: PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y LA DIVERSIDAD 218

PREFACIO

Desde el decenio de 1990 han venido aumentado los llamamientos en favor de la aprobación de leyes generales contra la discriminación. Las personas expuestas a la discriminación se han unido para abogar por la promulgación de leyes de igualdad generales y efectivas. En algunos países, estos movimientos han tenido éxito; en otros, la lucha continúa. Los expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas han reafirmado estos llamamientos y los han ampliado. Durante el examen periódico universal, Estados de todo el mundo han recomendado reiteradamente a sus homólogos la aprobación de tales leyes.

Estos movimientos de reforma —liderados por la sociedad civil o por los Gobiernos— demuestran el reconocimiento de que no puede haber igualdad donde hay discriminación y de que no es posible eliminar la discriminación sin promulgar, hacer cumplir y aplicar leyes generales y efectivas.

Las leyes generales contra la discriminación traducen los compromisos jurídicos internacionales relativos a la igualdad en derechos que se puedan hacer valer y sean ejecutorios en virtud de la legislación nacional. Ofrecen el marco jurídico interno necesario para definir las diversas formas de discriminación; definen el alcance personal y material de los derechos a la igualdad y a la no discriminación; proporcionan orientación sobre un recurso efectivo; y establecen las garantías procesales necesarias para garantizar la justicia a las víctimas. También establecen por ley obligaciones positivas para eliminar la discriminación, luchar contra los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización y promover la igualdad.

La ley cumple muchas funciones, más allá de simplemente establecer las reglas y especificar lo que sucede cuando se transgreden los derechos. La ley también expresa nuestros valores; articula nuestras normas y expectativas. Un marco jurídico adecuado contribuye a crear un mundo mejor. En cambio, una ley deficiente, o una ley que deje lagunas de protección, puede influir en las sociedades de forma negativa.

Las leyes generales contra la discriminación pueden ser transformadoras. En el plano más básico, estas leyes pueden promover un cambio positivo al ampliar la comprensión de la discriminación, estimular la adopción de medidas para prevenirla y, finalmente, fomentar la decisión de eliminarla. Las personas expuestas a la discriminación reciben las herramientas necesarias para impugnar el trato que han recibido y obtener reparación por los daños sufridos. Los garantes de derechos deben asumir sus responsabilidades y responder mediante el establecimiento de procedimientos para prevenir actos, políticas y prácticas de discriminación. Con el tiempo, estos cambios pueden aumentar la representación y la visibilidad de los grupos marginados y contribuir a modificar los comportamientos y, en última instancia, las normas sociales.

Las leyes generales contra la discriminación también prescriben y establecen un marco para la adopción de medidas positivas que fomenten la igualdad. En virtud de estas leyes, actores públicos y privados de todo el mundo han adoptado una amplia gama de medidas positivas. Las autoridades han trabajado para que los espacios comunes de la sociedad sean accesibles a las personas con deficiencias físicas, de movilidad o sensoriales. Los empresarios han detectado disparidades en su mano de obra y han establecido programas para aumentar la participación de comunidades minoritarias nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y de otros grupos expuestos a la discriminación. Los Gobiernos han adoptado programas de educación pública para combatir los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. La lista podría continuar.

Los debates sobre el valor para el ordenamiento jurídico de las leyes generales contra la discriminación —y sobre la obligación de aprobarlas— plantean una serie de cuestiones. Algunas de ellas son técnicas, otras conceptuales y otras prácticas. La guía es un intento —en colaboración con reconocidos expertos de todo el mundo— de responder a las cuestiones que suelen plantearse los funcionarios gubernamentales, los parlamentarios, los miembros de las instituciones nacionales de derechos humanos, los defensores de los derechos humanos y los activistas comunitarios de base para determinar la mejor manera de incorporar a su legislación nacional los elementos esenciales de los derechos a la no discriminación y a la igualdad.

Con frecuencia se pide a las Naciones Unidas, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil, como Equal Rights Trust, que presten asistencia y asesoren a los Gobiernos, los legisladores y los encargados de formular políticas en el proceso de elaboración de estas leyes generales.

Hasta la fecha no se ha dispuesto de orientaciones claras, detalladas y autorizadas para atender esas peticiones. La presente guía viene a colmar esta brecha. Sobre la base de un análisis exhaustivo del derecho internacional y de amplias consultas con expertos de todo el mundo, proporciona una orientación clara e inequívoca sobre las leyes que los Estados deben aprobar para cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y la no discriminación.

Queda mucho por hacer. Aunque la aprobación de leyes generales contra la discriminación es un avance necesario en el camino hacia la eliminación de la discriminación, no es suficiente. La aprobación de esas leyes es más eficaz cuando se desarrollan en planes de acción nacionales y regionales integrales y dotados de los recursos adecuados, en estrecha colaboración con las personas afectadas, sus organizaciones y movimientos. La guía establece una base, no un tope máximo.

En Nuestra Agenda Común, una visión de futuro para la cooperación mundial a través de un multilateralismo inclusivo, interconectado y efectivo, el Secretario General subrayó: "El racismo, la intolerancia y la discriminación siguen existiendo en todas las sociedades, como vimos durante la pandemia, cuando se culpó a ciertos grupos de propagar el virus. Como punto de partida, hace mucho tendría que haberse adoptado una serie de leyes generales contra la discriminación, incluso por motivos de raza o etnia, edad, género, religión, discapacidad y orientación sexual o identidad de género"[1].

No es casualidad que el llamamiento a la promulgación de una ley general contra la discriminación sea un elemento fundamental de Nuestra Agenda Común. El reconocimiento por los Estados de la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación —y su firme determinación de hacerlo— queda de manifiesto tanto en las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el llamamiento a no dejar a nadie atrás formulado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible.

La presente guía da instrucciones sobre cómo elaborar y promulgar esas leyes y, de este modo, establecer el marco y los fundamentos necesarios de un mundo en el que todas las personas sean iguales en dignidad y derechos.

Dra. Evelyn Collins CBE
Presidenta del Consejo Directivo
de Equal Rights Trust

Volker Türk
Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

[1] A/75/982, párr. 34. El informe del Secretario General se presentó en el septuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General en 2021. Véase también www.un.org/es/common-agenda.

AGRADECIMIENTOS

La presente guía es fruto de una colaboración de dos años entre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) —la expresión institucional de una adhesión mundial a los derechos humanos— y Equal Rights Trust —la principal organización internacional de la sociedad civil que apoya a quienes trabajan para garantizar la aprobación y la aplicación de leyes de igualdad.

La investigación para la guía, así como su elaboración y redacción, estuvieron a cargo de un equipo conjunto. En el caso del ACNUDH, la Sección de Pueblos Indígenas y Minorías asumió la dirección de la redacción y elaboración, en consulta con un amplio grupo de funcionarios tanto sobre el terreno como en la sede. En el caso de Equal Rights Trust, dos miembros del personal —Jim Fitzgerald y Sam Barnes— se encargaron de la redacción y la elaboración, un proceso en el que también se aprovechó la experiencia de las amplias redes del Trust, con especial agradecimiento al bufete de abogados Latham & Watkins por su valiosa investigación sobre la primera parte de la guía.

El proceso de elaboración de la guía —desde la conceptualización hasta la revisión final— estuvo guiado por un comité asesor independiente compuesto por destacados expertos en legislación contra la discriminación y en favor de la igualdad, entre ellos, experimentados abogados, académicos y activistas, y personas con experiencia en entornos gubernamentales, no gubernamentales e intergubernamentales, que representaban a una amplia gama de diferentes tradiciones y ordenamientos jurídicos. El ACNUDH y Equal Rights Trust desean expresar su reconocimiento y agradecimiento a los miembros del Comité por su apoyo durante todo el proceso: Catalina Devandas Aguilar, Niall Crowley, Sandra Fredman, Nazila Ghanea, Nahla Haidar, Margarita S. Ilieva, Imrana Jalal, Tarun Khaitan, Abdul Koroma, Gay McDougall, Vitit Muntarbhorn y Grace Mumbi Ngugi.

El ACNUDH y Equal Rights Trust también desean dar las gracias a otro grupo de expertos que ofreció su tiempo de forma voluntaria para revisar, comentar y validar la totalidad o partes de la guía, en particular: Barbora Bukovská (Article 19: International Centre against Censorship); Joshua Castellino (Minority Rights Group); Sophia Fernandes (Westminster Foundation for Democracy); Beth Gaze (Facultad de Derecho de Melbourne); Nena Georgantzi (AGE Platform Europe); Tamas Kadar (Red Europea de Organismos de Igualdad); John Kinahan (Forum 18); Kseniya Kirichenko (Asociación Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersex); Antonia Kirkland (Equality Now); Susheela Math y Julia Harrington Reddy (Iniciativa Projusticia de la Sociedad Abierta); Dragana Ciric Milovanovic (Disability Rights International); David Oppenheimer (Berkeley Center on Comparative Equality and Anti-Discrimination Law); Simon Rice (Universidad de Sydney); Bridget Sleap (HelpAge International); y Meghan Campbell (Oxford Human Rights Hub).

El ACNUDH y Equal Rights Trust expresan su agradecimiento a los numerosos Estados, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil, entidades de las Naciones Unidas y defensores de los derechos humanos que proporcionaron información durante la preparación de la guía, respondiendo a las solicitudes de información o participando en una o más de las cuatro reuniones de consulta.

Por último, el ACNUDH y Equal Rights Trust desean expresar su reconocimiento y agradecimiento a todos los supervivientes de la discriminación cuyos litigios, experiencia y activismo han contribuido a mejorar la comprensión del derecho a la no discriminación y a configurar el contenido de una ley general contra la discriminación. Las normas jurídicas que aquí presentamos son fruto de su lucha y a ellos dedicamos la guía.

RESUMEN EJECUTIVO

El objetivo de la presente guía es ofrecer a Gobiernos, legisladores, agentes de la sociedad civil, y otras personas que actúen en interés público, orientación autorizada sobre la elaboración de una ley general contra la discriminación que sea coherente con las normas jurídicas internacionales sobre los derechos a la igualdad y a la no discriminación. La guía examina detalladamente la elaboración, interpretación y aplicación de estas normas internacionales, antes de establecer los principios fundamentales que deben codificarse en la legislación para garantizar el cumplimiento del derecho internacional. En el presente resumen ejecutivo se exponen estos principios fundamentales.

Las normas que se presentan en el resumen reflejan el contenido indispensable de la legislación contra la discriminación para que sea general y efectiva a fin de eliminar todas las formas de discriminación y alcanzar la igualdad, y permitir de este modo que los Estados cumplan las obligaciones básicas que les impone el derecho internacional de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y la no discriminación. Los elementos de derecho que aquí se exponen se derivan del derecho internacional de los derechos humanos, como se examina en detalle en los capítulos sustantivos de la guía. Conforme se especifica en la metodología de investigación, además de proceder a un examen exhaustivo del derecho internacional en este ámbito, la guía se ha elaborado tras mantener extensas consultas con una amplia gama de partes interesadas. En la guía, junto al análisis de las normas internacionales pertinentes, se citan ejemplos que muestran la forma en que los legisladores de todo el mundo han incorporado los requisitos del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno. Además, la guía contiene explicaciones detalladas de los conceptos jurídicos esenciales y estudios de casos y ejemplos para demostrar su funcionamiento en la práctica.

Si bien la guía completa incluye un análisis detallado de la elaboración, interpretación y aplicación de las normas jurídicas internacionales, el presente resumen ejecutivo se limita a exponer los principios fundamentales que deben codificarse en el derecho interno para cumplirlas. Por lo tanto, además de reseñar el contenido de la publicación, este resumen ofrece un conjunto de herramientas independiente para quienes participan en la elaboración de legislación general contra la discriminación. En muchos casos, la adhesión a las normas internacionales en este ámbito del derecho exige que los Estados establezcan reglas, procedimientos o instituciones, pero prevé discrecionalidad en la forma de reflejarlos en el derecho interno. En otros, los Estados deben adoptar definiciones específicas que figuran en instrumentos de derecho internacional, incluidos los propios tratados y su interpretación por los órganos competentes. En estos últimos casos, la definición pertinente se presenta en un recuadro con el texto para que los legisladores y los grupos de la sociedad civil que participan en la elaboración de leyes puedan incorporarla directamente a los proyectos de ley a fin de garantizar su coherencia con las normas internacionales de derechos humanos. En otros casos, el resumen instruye y orienta sobre lo que debe prever la ley.

I. OBLIGACIÓN DE PROMULGAR UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Se considera legislación general contra la discriminación[1] una ley aprobada con el propósito y efecto de eliminar todas las formas de discriminación y promover la igualdad para todas las personas.

Los Estados deben promulgar leyes generales contra la discriminación para cumplir las obligaciones que les impone el derecho internacional de los derechos humanos de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y la no discriminación para todos. La aprobación de este tipo de legislación es también un elemento necesario para la protección de los derechos de las minorías, dado que la prohibición de todas las formas de discriminación y el logro de la igualdad constituyen la base del derecho internacional sobre la protección de las minorías.

[1] En la presente guía se utilizan indistintamente las expresiones “legislación general contra la discriminación” y “ley general contra la discriminación”.

La legislación general contra la discriminación es distinta de las leyes específicas contra la discriminación, es decir, las que prohíben la discriminación contra un grupo determinado, por un motivo concreto o en un ámbito particular de la vida. También es distinta de las garantías generales de no discriminación y de igualdad que figuran en las constituciones nacionales u otras leyes. Los Estados pueden adoptar leyes específicas contra la discriminación u otras leyes que traten de definir y abordar las barreras estructurales que impiden la participación de las personas pertenecientes a determinados grupos. La aprobación de tales leyes o de disposiciones generales relativas a la no discriminación no entra en conflicto con la obligación de aprobar leyes generales, pero no la elimina: los Estados están obligados a aprobar legislación general contra la discriminación, independientemente de que se hayan aprobado leyes específicas u otras disposiciones relativas a la no discriminación que estén ya en vigor.

A fin de garantizar la eficacia de la legislación contra la discriminación, los Estados deben establecer normas detalladas, instituciones y procedimientos para lograr el cumplimiento y efectividad de los derechos a la igualdad y la no discriminación, y fijar obligaciones claras aplicables a todas las personas, incluidas las autoridades públicas y los actores privados. Estas disposiciones pueden incorporarse en la propia legislación general contra la discriminación o mediante la modificación de leyes en ámbitos como, por ejemplo, el procedimiento civil.

La legislación general contra la discriminación suele adoptar la forma de una ley única. En algunos países se ha adoptado una combinación de dos o más leyes cuya cobertura, en su conjunto, es general o casi general[2]. Además, incluso en los Estados que disponen de una ley única puede ser necesario aprobar otras leyes y políticas para hacer efectivos algunos aspectos de las obligaciones de los Estados[3]. En la guía se utilizan indistintamente las expresiones “ley general contra la discriminación” y “legislación general contra la discriminación”.

II. CONTENIDO DE UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Para ser considerada general, la legislación contra la discriminación debe cumplir una serie de criterios. En particular, el derecho internacional de los derechos humanos exige que la legislación contra la discriminación:

- Prohíba todas las formas y manifestaciones de discriminación sobre la base de una lista amplia y abierta de motivos y en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley.
- Proporcione definiciones explícitas de todas las formas de discriminación que se ajusten a las definiciones reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos.
- Permita, exija y prevea explícitamente la adopción de medidas de acción positiva destinadas a avanzar hacia el logro de la igualdad para las personas y grupos que están expuestos a discriminación y desventajas o las experimentan.
- Haga efectivos los derechos a la igualdad y la no discriminación en los ámbitos público y privado garantizando la accesibilidad y estableciendo obligaciones en materia de igualdad.
- Prevea: un recurso efectivo, incluidas sanciones que sean efectivas, disuasorias y proporcionadas; el reconocimiento, la indemnización y la restitución para los supervivientes; y los recursos institucionales y sociales pertinentes.
- Establezca las salvaguardias y los ajustes procesales necesarios para garantizar el acceso a la justicia, e incluya, entre otras, disposiciones para invertir la carga de la prueba cuando el demandante haya establecido *prima facie* que se ha producido discriminación, y disposiciones para prohibir la victimización.

---

[2] Por ejemplo, en Sudáfrica, la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta, de 2000, no se aplica en el ámbito del empleo. Este ámbito está regulado por la Ley de Igualdad en el Empleo, de 1998, que establece garantías complementarias en materia de igualdad y no discriminación. En Finlandia, la Ley de Lucha contra la Discriminación, de 2014, no menciona expresamente el “género” como motivo de discriminación. Sin embargo, de conformidad con artículo 3, párrafo 1, de la Ley, las disposiciones relativas a la prohibición de la discriminación por motivos de género y la promoción de la igualdad de género se rigen por la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres, de 1986.

[3] Por ejemplo, las normas procesales relativas a la carga de la prueba en los casos de discriminación pueden incluirse en los códigos de procedimiento civil o en los reglamentos que rigen la práctica de la prueba.

- Prevea el establecimiento de un organismo de igualdad independiente y especializado, con recursos, funciones y competencias suficientes para garantizar su eficacia.
- Ordene la adopción de otras medidas de aplicación necesarias para abordar la discriminación estructural y avanzar hacia la igualdad. Esto debe incluir el uso de la evaluación del impacto sobre la igualdad en todos los aspectos de las leyes y políticas públicas para detectar y evitar cualquier repercusión discriminatoria de las políticas antes de que se produzca y para evaluar y garantizar el impacto necesario en el logro de la igualdad.

A. Prohibición de la discriminación

Para ser considerada general, la legislación contra la discriminación debe definir y prohibir todas las formas de discriminación sobre la base de una lista amplia y abierta de características, en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley. Puede entenderse que el derecho a la no discriminación tiene cuatro dimensiones: a) el alcance personal del derecho; b) las formas de conducta prohibida; c) el alcance material del derecho; y d) la justificación. La ley contra la discriminación debe ofrecer definiciones claras en cada uno de estos ámbitos.

1. Alcance personal

A fin de cumplir los requisitos del derecho internacional, una ley general contra la discriminación debe prohibir la discriminación sobre la base de una lista amplia y abierta de motivos protegidos. Esto exige la protección explícita de todas las características reconocidas en el derecho internacional, así como cualquier otro motivo que requiera protección en una sociedad determinada. Una ley general contra la discriminación debe prever la posibilidad de reconocer motivos adicionales de discriminación, mediante la inclusión de la categoría "otra condición" o una disposición similar. Una ley contra la discriminación también puede incluir criterios para detectar y reconocer nuevos motivos de discriminación.

Se prohíbe la discriminación por motivos de edad; nacimiento; situación civil, familiar o de cuidador; color; ascendencia, incluida la casta; discapacidad; posición económica; origen étnico; expresión de género; identidad de género; predisposición genética o de otro tipo a alguna enfermedad; estado de salud; origen indígena; idioma; estado civil; maternidad o paternidad; condición de migrante; condición de minoría; origen nacional; nacionalidad; lugar de residencia; opinión política o de otra índole, incluidas la condición de defensor de los derechos humanos, la afiliación a sindicatos o la afiliación política; embarazo; patrimonio; raza; condición de refugiado o asilado; religión o creencias; sexo y género; características sexuales; orientación sexual; origen social; situación social; o cualquier otra condición.

La legislación contra la discriminación debe garantizar su prohibición cuando: a) esta se produzca por la asociación de una persona con un grupo o con otra persona que presente una característica particular, y b) esta se produzca debido a la percepción (exacta o no) de que una persona presenta una característica determinada. También debe prohibirse la discriminación cuando se produce debido a una combinación de características (discriminación múltiple).

La prohibición de la discriminación incluye la discriminación por motivos de asociación y percepción.

La discriminación por motivos de percepción se produce cuando las personas se ven desfavorecidas debido la percepción, exacta o no, de que presentan una característica protegida. La discriminación por motivos de asociación se produce cuando las personas se ven desfavorecidas debido a su asociación con otra persona u otras personas que presentan una característica protegida.

La prohibición de la discriminación incluye la discriminación múltiple (interseccional y acumulativa) y reconoce el daño particular que conlleva.

La discriminación acumulativa tiene lugar cuando la discriminación se produce por dos o más motivos distintos. La discriminación interseccional tiene lugar cuando la discriminación se produce debido a una combinación de motivos que interactúan de forma que generan una discriminación distinta y específica.

2. Conductas prohibidas

Una ley general contra la discriminación debe definir y prohibir explícitamente todas las formas de discriminación reconocidas por el derecho internacional, entre ellas: a) la discriminación directa, b) la discriminación indirecta, c) el acoso, d) la denegación de ajustes razonables, e) el hecho de que no se garantice la accesibilidad, f) la segregación, y g) la victimización (represalias). Una ley contra la discriminación debe prohibir la incitación a cualquier forma de discriminación y las órdenes de discriminar. La discriminación puede ser intencionada o no intencionada. La discriminación puede ser directa o indirecta.

La prohibición de la discriminación incluye todas las formas de discriminación. Abarca todas las formas de conducta prohibida que se indican a continuación:

- **La discriminación directa se produce cuando una persona recibe un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o recibiría otra en una situación comparable sobre la base de uno o más motivos protegidos; o cuando una persona sufre un perjuicio por uno o más motivos de discriminación.**
- **La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, un criterio o una práctica tienen o podrían tener un impacto negativo desproporcionado sobre personas con una condición o una característica asociadas a uno o más motivos de discriminación.**
- **El acoso basado en un motivo se produce cuando tiene lugar un comportamiento no deseado relacionado con cualquier motivo de discriminación que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.**
- **Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones, las adaptaciones o el apoyo necesarios y apropiados, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás personas, de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la participación en igualdad de condiciones en cualquier ámbito de la vida regulado por la ley. La denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación.**
- **La accesibilidad es una obligación proactiva y sistémica que exige la adopción y la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la igualdad de acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, a los lugares de trabajo, educación y atención de salud, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. El Estado tiene la obligación de garantizar la accesibilidad en todos los ámbitos de la vida. El incumplimiento de las normas relativas a la accesibilidad es una forma de conducta prohibida.**
- **La segregación se produce cuando las personas que comparten un ámbito determinado son separadas, sin su consentimiento pleno, libre e informado, y se les proporciona un acceso diferente a las instituciones, los bienes, los servicios, los derechos o el entorno físico.**
- **La victimización se produce cuando las personas experimentan un trato o unas consecuencias desfavorables como resultado de su participación en una denuncia de discriminación o en un procedimiento destinado a hacer cumplir las disposiciones relativas a la igualdad.**

El acoso sexual es una forma diferenciada de perjuicio que conlleva una conducta o un comportamiento no deseados de naturaleza sexual. La obligación de prohibir el acoso sexual es específica y complementaria. Los Estados pueden prohibir el acoso sexual en la legislación sobre delitos sexuales específicos, en el derecho penal

en sentido más amplio o en otra legislación. La prohibición del acoso sexual debe definirse por separado y de forma adicional a la prohibición del acoso basado en un motivo.

Se produce acoso sexual cuando tiene lugar un comportamiento no deseado de naturaleza sexual que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona, en particular al crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

3. Alcance material

Una ley general contra la discriminación debe proporcionar protección contra la discriminación en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley y abarcar la conducta de todas las personas, incluidos los actores públicos y privados.

La prohibición de la discriminación es aplicable a todos los ámbitos de la vida regulados por la ley. La obligación de abstenerse de discriminar es aplicable a todas las personas, incluidas (aunque no exclusivamente) las autoridades públicas y las entidades privadas.

4. Justificaciones

En algunas circunstancias pueden estar justificadas las diferencias de trato o las consecuencias diferenciadas de disposiciones, criterios o prácticas basadas en un motivo de discriminación protegido. Toda justificación debe evaluarse en función de criterios claros, establecidos en una ley general contra la discriminación. Estos criterios deben incluir la existencia de un objetivo legítimo y la confirmación de que los medios para alcanzar ese objetivo son adecuados, necesarios y proporcionados. Un objetivo legítimo nunca puede justificarse haciendo referencia a estereotipos discriminatorios. Determinadas formas de conducta prohibida (incluidos el acoso, el acoso sexual y la victimización) no pueden —por definición— justificarse. La discriminación directa solo puede justificarse de forma excepcional, sobre la base de criterios estrictamente definidos.

Las disposiciones, los criterios o las prácticas adoptados con un objetivo legítimo que sean adecuados, necesarios y proporcionados a ese objetivo no darán lugar a una declaración de discriminación. La discriminación directa solo puede justificarse con carácter muy excepcional.

B. Acción positiva

Una ley general contra la discriminación debe prever y exigir explícitamente la adopción de medidas de acción positiva. Las medidas de acción positiva —en ocasiones denominadas medidas de acción afirmativa, medidas específicas o medidas especiales de carácter temporal— incluyen todas las medidas específicas concebidas con el fin de promover o alcanzar la igualdad y corregir las desventajas. La acción positiva no debe perpetuar el aislamiento, la segregación, los estereotipos o la estigmatización, ni dar lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas. Aunque las medidas de acción positiva deben ser de duración limitada, también deben establecerse durante un periodo suficiente para lograr un cambio positivo duradero que elimine las desventajas.

El derecho a la igualdad exige la adopción de medidas de acción positiva.

La acción positiva incluye cualquier medida legislativa, administrativa o de política destinada a reducir o superar la desigualdad y a hacer efectiva la igualdad. Estas medidas deben ser de duración limitada, estar sujetas a revisiones periódicas y ser proporcionadas a su propósito de promover o lograr la igualdad.

El hecho de que sean de duración limitada no debe interpretarse en el sentido de que sean necesariamente de corta duración. Las medidas de acción positiva deben suspenderse cuando hayan alcanzado su objetivo.

La acción positiva no constituye discriminación.

C. Obligaciones en materia de igualdad

1. Accesibilidad

Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a todas las personas, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, así como a otros servicios e instalaciones. La accesibilidad es una obligación proactiva y sistémica. Se trata de una obligación *ex ante*, que existe con independencia de una solicitud individual de acceso; es una obligación incondicional, en el sentido de que el incumplimiento no puede excusarse aludiendo a la carga que supone para el proveedor.

Las leyes contra la discriminación deben imponer a los actores estatales y privados la obligación de detectar y eliminar las barreras que dificultan la igualdad de acceso. También deben establecer la obligación del Estado de formular, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad. El incumplimiento de las normas de accesibilidad es una forma de discriminación que debe prohibirse en el marco de una ley general contra la discriminación.

2. Obligaciones legales en materia de igualdad

Una ley general contra la discriminación debe prever el establecimiento de obligaciones legales en materia de igualdad, que ofrezcan un medio eficaz y necesario para hacer efectivos los derechos a la igualdad y la no discriminación y garantizar su integración en los sistemas y la labor de las autoridades públicas y otros garantes de derechos. Las obligaciones en materia de igualdad incluyen: las obligaciones preventivas, con las que se trata de evitar los actos de discriminación antes de que se produzcan; las obligaciones institucionales, con las que se trata de promover la igualdad en las actividades y el funcionamiento de las organizaciones de los sectores público y privado; y las obligaciones de integración, con las que se trata de integrar y centralizar los objetivos de igualdad en los procesos de adopción de decisiones en la esfera pública. Es preciso combinar estos enfoques para que resulten eficaces.

D. Recurso efectivo

Las leyes contra la discriminación deben prever un recurso efectivo contra la discriminación. El recurso incluye, entre otras cosas: sanciones para quienes se determine que son responsables de actos de discriminación; reparaciones, incluidos el reconocimiento, la indemnización y la restitución para las víctimas de discriminación; y medidas institucionales y sociales destinadas a abordar las causas y consecuencias sociales de la discriminación. Las leyes contra la discriminación deben prever la imposición de sanciones por discriminación que sean efectivas, disuasorias y proporcionadas. Además, deben prever el reconocimiento y la reparación para las víctimas de discriminación, también en forma de indemnización, restitución y rehabilitación. Las reparaciones deben centrarse en las víctimas y tener en cuenta la igualdad.

Las leyes contra la discriminación deben facultar a los tribunales y a los órganos encargados de resolver los casos de discriminación para que ordenen las medidas institucionales o sociales adecuadas a fin de corregir, disuadir y prevenir la discriminación y garantizar que no se repita. Cuando la legislación nacional especifica los tipos de recursos disponibles para las víctimas de discriminación, estas listas de posibles recursos no deben ser exhaustivas; los tribunales y otros órganos jurisdiccionales deben tener facultades discrecionales para diseñar recursos adecuados al perjuicio en cuestión en cada caso.

E. Cumplimiento y acceso a la justicia

Una ley general contra la discriminación debe garantizar el acceso efectivo a la justicia de quienes experimentan discriminación. El acceso efectivo a la justicia consiste en justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, calidad y rendición de cuentas.

Para satisfacer a estos requisitos, los Estados deben establecer y mantener organismos encargados de hacer cumplir la ley independientes e imparciales, dotados de recursos suficientes, que se ocupen de las denuncias de discriminación en todo su territorio, incluidas las zonas rurales. Esos organismos pueden comprender mecanismos tanto judiciales como administrativos, incluidos los organismos de igualdad. Estos organismos deben estar dotados de facultades adecuadas para exigir el cumplimiento con el fin de prever un recurso efectivo cuando se compruebe que se ha incurrido en discriminación. También han de tener un buen nivel de calidad y han rendir cuentas, han de ser sensibles a las opiniones, situaciones y necesidades de las personas y grupos expuestos a la discriminación, y han ser participativos.

Los Estados deben eliminar las barreras legales, financieras, físicas, de comunicación y de otro tipo que impidan la participación en el sistema encargado de exigir el cumplimiento mediante medidas de accesibilidad y ajustes de procedimiento. Siempre que sea necesario debe prestarse asistencia y apoyo jurídicos para garantizar la efectividad del derecho a la no discriminación.

Debe adoptarse un enfoque integrador respecto de la legitimación procesal y la participación de terceros interesados.

Una ley contra la discriminación debe asegurar que no se interpongan obstáculos a la admisibilidad de pruebas que puedan demostrar la existencia de discriminación. Las normas que rigen la práctica de la prueba deben adaptarse para garantizar una justicia efectiva. Esto incluye, en todos los ámbitos del derecho excepto el penal, la aprobación de normas que exijan un "desplazamiento" de la carga de la prueba del demandante al demandado cuando se haya establecido *prima facie* que se ha producido un acto de discriminación.

Cuando una persona que presuntamente haya sufrido discriminación presente ante un tribunal, u otra autoridad competente, hechos que permitan presumir que ha habido discriminación (un caso *prima facie*), corresponderá al demandado demostrar que no se ha vulnerado el derecho a la no discriminación.

En muchos casos, las víctimas de discriminación solo han podido acceder a la justicia en el ámbito internacional, una vez agotados los recursos internos. Los Estados deben garantizar que las personas puedan presentar denuncias de discriminación ante los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas ratificando los protocolos facultativos pertinentes y haciendo las declaraciones necesarias en virtud de los correspondientes instrumentos internacionales de derechos humanos. Al aprobar legislación general contra la discriminación, los Estados deben aprovechar la oportunidad para hacer estas declaraciones, así como para afirmar su papel con respecto al sistema nacional e informar al público de su disponibilidad.

F. Organismos de igualdad

Una ley general contra la discriminación debe prever la creación de organismos de igualdad independientes, eficaces y accesibles. Deben asignarse a estos organismos los recursos y las funciones y competencias

suficientes para cumplir de forma plena y eficaz la totalidad de su mandato de promover la igualdad y prevenir la discriminación. Deben estar habilitados para: a) proporcionar apoyo, en particular asesoramiento y representación jurídicos, a personas y grupos expuestos a la discriminación y la intolerancia, y litigar en su nombre; b) promover buenas prácticas en materia de igualdad en todos los sectores; c) llevar a cabo investigaciones; d) facilitar información sobre los derechos y participar en el debate público sobre la igualdad; y e) proporcionar asesoramiento sobre políticas. Los organismos de igualdad también pueden recibir el mandato de examinar denuncias de discriminación y formular recomendaciones o tomar decisiones. En situaciones en que los organismos de igualdad tengan autoridad para tomar decisiones, deben estar facultados para garantizar el acceso efectivo a la justicia y establecer tanto recursos como sanciones.

G. Aplicación

Una ley general contra la discriminación debe requerir y prever un marco para que el Estado cumpla sus obligaciones institucionales y de política de hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Esto impone, entre otras obligaciones:

- La formulación, adopción y aplicación de políticas y estrategias de igualdad y no discriminación, y la incorporación de las consideraciones de igualdad y no discriminación en todas los demás programas y políticas.
- La incorporación de la evaluación del impacto sobre la igualdad en todos los aspectos de las leyes y políticas públicas. La evaluación del impacto sobre la igualdad conlleva una evaluación preventiva, consultiva y basada en datos de las leyes, políticas o decisiones con el fin de detectar y evitar cualquier consecuencia discriminatoria; definir las necesidades particulares de las personas y los grupos que son objeto de discriminación o están expuestos a ella y garantizar que se tengan en cuenta y se atiendan; y velar por que se promueva efectivamente la igualdad.
- El establecimiento de un marco para supervisar la igualdad y la no discriminación y la eficacia de las leyes, políticas y prácticas mediante la recopilación, el análisis y la publicación de datos desglosados.
- El establecimiento y la puesta en marcha de mecanismos de consulta y participación de las personas y grupos que experimentan discriminación, y las asociaciones que las representan, en las iniciativas legislativas, de políticas e institucionales destinadas a combatir la discriminación y promover la igualdad.

El derecho internacional también requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para modificar o abolir leyes, políticas o prácticas que discriminen o conduzcan a la discriminación en la práctica.

H. Derechos de las minorías y legislación contra la discriminación

Los derechos a la igualdad y a la no discriminación son elementos fundamentales de los derechos de las minorías. Estos derechos son aplicables también a las minorías y son esenciales para hacer efectivos sus derechos. A fin de dar efectividad a los derechos de las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas es preciso prever la protección efectiva y el ejercicio del derecho a la no discriminación. Por ello, promulgar, hacer cumplir y aplicar una ley general contra la discriminación es esencial para que los Estados cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos de las minorías.

La prohibición de la discriminación es inherente a los derechos de las minorías. Los Estados deben velar por hacer efectivos todos los aspectos del derecho a la no discriminación en sus iniciativas para garantizar los derechos de las minorías. Esto incluye asegurar que las leyes, políticas y prácticas no discriminen de forma directa ni indirecta a las personas pertenecientes a comunidades minoritarias que disfrutan de sus culturas, profesan o practican sus religiones o utilizan sus idiomas. También incluye velar por que las medidas destinadas a respetar y garantizar los derechos de las personas pertenecientes a minorías, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a participar en prácticas culturales y religiosas y en el uso del idioma no den lugar a discriminación por ningún motivo.

Los derechos de las minorías a la no discriminación y a la igualdad no pueden ejercerse plenamente sin un conjunto amplio de garantías respecto de los derechos de las minorías que sean eficaces y se hagan efectivas en la práctica. Entre ellas figuran el reconocimiento, la participación genuina y la consulta en todos los asuntos importantes para la comunidad.

Si bien el derecho a la no discriminación es fundamental para el disfrute de los derechos de las minorías, el ejercicio de estos derechos también requiere una serie de medidas específicas, legislativas, de política y prácticas, que los Estados deben adoptar de forma paralela a la promulgación de leyes generales contra la discriminación. Determinados grupos —en particular los Pueblos Indígenas— disfrutan de derechos explícitos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos que van más allá de los establecidos como requisitos básicos para las minorías.

I. Violencia discriminatoria y delitos de odio

Para cumplir sus compromisos y obligaciones dimanantes del derecho internacional de eliminar todas las formas de discriminación, los Estados deben tipificar como delito la violencia discriminatoria y otros actos motivados por prejuicios que son de carácter delictivo. Los Estados deben garantizar que el derecho penal reconozca de forma explícita y sancione específicamente la motivación basada en prejuicios en situaciones en las que se hayan cometido actos violentos u otros actos delictivos o faltas por razones relacionadas con un motivo de discriminación.

El derecho penal y de faltas debe prever el reconocimiento de una motivación basada en prejuicios para todo delito inducido por cualquier motivo reconocido en el derecho internacional. Este reconocimiento puede hacerse designando disposiciones específicas en el derecho penal relacionadas con la violencia discriminatoria o los delitos de odio, o bien añadiendo disposiciones calificadoras sobre la motivación basada en prejuicios a las disposiciones del derecho penal relativas a actos delictivos existentes. De adoptarse este último enfoque, es importante que se reconozca la motivación basada en prejuicios en relación con todos los posibles actos delictivos y faltas pertinentes. El reconocimiento de los prejuicios motivados por el odio o la animosidad debe servir de base para la imposición de la pena.

La lista de motivos establecidos en el derecho penal debe ser necesariamente cerrada (es decir, no debe incluir la categoría "o cualquier otra condición similar"), debido al requisito de previsibilidad del derecho penal.

J. Discriminación y expresión

La relación entre la expresión y la ley de prohibición de la discriminación es compleja.

La expresión y la comunicación pueden ser componentes de una conducta que dé lugar al acoso basado en un motivo, un acto proscrito por la ley de prohibición de la discriminación.

La expresión y la comunicación también desempeñan otras funciones en la ley contra la discriminación, entre ellas, potencialmente, como indicio de intención o motivo, así como en casos relativos a la existencia de una orden de discriminar.

Los Estados deben prohibir la incitación a la violencia, la discriminación y la hostilidad o el odio por todos los motivos reconocidos en el derecho internacional, incluidos, entre otros, la edad, la discapacidad, la expresión de género y la identidad de género, la nacionalidad, la raza o etnia, la religión, el sexo, las características sexuales y la orientación sexual.

El derecho internacional también exige que los Estados condenen toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma.

Prohibición no significa necesariamente tipificación. Los Estados deben distinguir entre la expresión que requiere tipificación, la expresión que requiere sanciones civiles o administrativas y la expresión que merece otras formas de respuesta. Los Estados también deben garantizar que la aplicación de medidas para combatir el discurso de odio no dé lugar a ninguna forma de discriminación contra ninguna persona o grupo.

Los tribunales nacionales y regionales se han pronunciado sobre casos de discurso de odio en virtud de la ley de prohibición de la discriminación. Los tribunales regionales han dictaminado que los Estados han violado el derecho a la no discriminación en casos en los que las minorías y otras personas o grupos marginados han estado expuestos a discursos de odio y la respuesta de las autoridades públicas ha sido inadecuada.

El discurso de odio debe afrontarse, entre otras cosas, mediante intervenciones positivas: educación, sensibilización, apoyo a las víctimas para que puedan contrarrestar el discurso y difundir relatos positivos, en particular mediante campañas de información pública con mensajes positivos que celebren la diversidad.

K. Promoción de la igualdad, la inclusión y la diversidad

Las obligaciones que los tratados internacionales imponen a los Estados les comprometen tanto a prohibir la discriminación en el marco del derecho como a eliminarla de hecho. La adopción de medidas positivas y proactivas para afrontar los factores culturales y sociales de la discriminación son elementos indispensables de estas obligaciones. Esto requiere un amplio programa de acción, impuesto y respaldado por deberes y obligaciones exigibles en el marco de la legislación contra la discriminación. Las obligaciones vinculantes para un Estado incluyen la adopción de medidas proactivas para combatir los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización, entre ellas:

- El empoderamiento y la participación de los titulares de derechos.
- Medidas para promover la diversidad, la inclusión y la igualdad de representación en las instituciones.
- Medidas para combatir los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización y para promover la diversidad, la inclusión y la igualdad mediante la educación.
- Influir en la percepción pública a través de los medios de comunicación, tanto generales como sociales, y de iniciativas de sensibilización más amplias.
- La capacitación de personas, incluidos funcionarios públicos, y de grupos de todos los ámbitos de la vida sobre la ley y los principios de igualdad y no discriminación, así como sobre la situación y las experiencias de los titulares de derechos.

Si los Estados pretenden cumplir sus obligaciones y honrar sus compromisos de eliminar la discriminación y garantizar la igualdad de participación, sus iniciativas deben abarcar y trascender la lucha contra los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. El objetivo no debe ser solo hacer frente a las fuerzas sociales negativas, sino también promover activamente sociedades igualitarias, diversas e integradoras.

L. Conclusión

Inevitablemente, la presente guía se centra en gran medida en prescripciones negativas: en las obligaciones de los Estados de prohibir, prevenir y hacer cumplir. Estas medidas son absolutamente necesarias y esenciales para que los Estados cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la no discriminación. Sin embargo, la aprobación de esas leyes no representa un punto final, sino un principio, no es un límite máximo, sino una base sobre la cual construir. En última instancia, los Estados solo harán efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación si aprueban leyes generales contra la discriminación y las utilizan como plataforma, o fundamento, de una iniciativa de todo el sistema destinada a promover y lograr una sociedad igualitaria, diversa e inclusiva.

INTRODUCCIÓN

La desigualdad menoscaba la dignidad humana, causa y perpetúa la pobreza y limita el disfrute de los de los derechos humanos.

La desigualdad es un obstáculo para la participación en la vida económica, social y política. Reduce las oportunidades vitales de las personas y contribuye a oprimir y marginar a comunidades enteras. Más allá de la experiencia de las personas directamente afectadas, las sociedades desiguales tienen más probabilidades de verse lastradas por problemas sanitarios y sociales que incluyen desde niveles más elevados de encarcelamiento, violencia y otros problemas sociales, hasta unos niveles más bajos de movilidad social[1]. La desigualdad socava la cohesión social y fomenta los conflictos. Agrava la exclusión de las minorías y otros grupos marginados. Por encima de todo, fomenta la injusticia, con graves consecuencias negativas para las personas y las comunidades.

En 2015, 193 Estados se reunieron con objeto de afirmar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Al hacerlo, asumieron el compromiso de que "nadie se quedará atrás" en esta nueva iniciativa mundial para erradicar la pobreza, garantizar los derechos humanos y proteger el planeta[2]. Esta declaración reflejaba el reconocimiento de que el desarrollo sostenible solo puede lograrse afrontando la desigualdad, un hecho reforzado por el Objetivo de Desarrollo Sostenible 10 relativo a la reducción de la desigualdad en los Estados y entre ellos, el Objetivo 5 relativo a la igualdad de género y muchos otros objetivos y metas centrados en la igualdad de acceso, la participación y los resultados.

El lugar central que ocupa la igualdad en la Agenda 2030 refleja su importancia primordial en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948. Elaborada tras los horrores del Holocausto y las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, que supusieron el exterminio de "millones de judíos, cientos de miles de romaníes y sinti, personas con discapacidad, homosexuales, prisioneros de guerra, disidentes políticos y miembros de las redes de la Resistencia"[3], la Declaración Universal de Derechos Humanos sitúa los derechos a la igualdad y a la no discriminación en un lugar central del sistema de derechos humanos. El artículo 1 afirma que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". El artículo 2 deja claro que los derechos humanos deben reconocerse a todos "sin distinción alguna".

Estas dos declaraciones mundiales, proclamadas con más de 65 años de diferencia, demuestran el reconocimiento por los Estados de que las iniciativas encaminadas a crear sociedades justas, inclusivas y pacíficas, eliminar la pobreza y garantizar el disfrute de los derechos humanos requieren un enfoque que afronte la desigualdad.

La desigualdad y el derecho a la no discriminación

La desigualdad adopta muchas formas y tiene múltiples causas: económicas, sociales, políticas y culturales. Por ello, la creación de un mundo en el que todas las personas puedan participar y lo hagan en condiciones de igualdad requiere un planteamiento coordinado, colaborativo y global. La eliminación de la discriminación es un elemento clave de este rompecabezas: no puede haber igualdad cuando las personas y los grupos reciben un trato desfavorable o se ven sometidos a desventajas por su condición, sus creencias o su identidad. De hecho, así lo han reconocido de forma amplia y sistemática los Estados, mediante la aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos centrados en el derecho a la no discriminación.

La aprobación de leyes generales contra la discriminación —leyes que tienen por objetivo o consecuencia prohibir todas las formas de discriminación— es un avance esencial en las iniciativas para hacer efectivo el derecho a la no discriminación. Sin la promulgación de leyes que prohíban todas las formas de discriminación

---

1 Véase, por ejemplo, Richard Wilkinson y Kate Pickett, *The Spirit Level: Why More Equal Societies Almost Always Do Better* (Londres, Allen Lane, 2009).

2 Resolución 70/1 de la Asamblea General.

3 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "75 years after Auschwitz – Holocaust education and remembrance for global justice", declaración de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 27 de enero de 2020.

por todos los motivos reconocidos en el derecho internacional y en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley, que prevean el ejercicio efectivo del derecho y que ordenen la adopción de medidas de acción positiva para afrontar la discriminación histórica o estructural, los Estados no podrán dar efectividad al derecho a la no discriminación. Solo al garantizar la efectividad y el disfrute del derecho a la no discriminación podrán los Estados concretar sus ambiciones de combatir la desigualdad.

Objetivo de la presente guía

El objetivo de esta guía es proporcionar a los legisladores y los defensores de los derechos humanos orientaciones para elaborar leyes generales contra la discriminación. La guía pretende consolidar y sintetizar las normas jurídicas internacionales —tal y como se recogen en los convenios de derechos humanos de las Naciones Unidas y en las interpretaciones vinculantes de estos convenios por los organismos competentes— y ofrecer orientaciones claras y accesibles sobre el alcance y el contenido indispensables de estas leyes para que los Estados puedan cumplir sus obligaciones internacionales. También reúne ejemplos de buenas prácticas de todo el mundo, con el fin de ilustrar estas normas y dar detalles sobre los elementos de derecho necesarios para garantizar su eficacia.

Inevitablemente, al adoptar este enfoque, la guía contiene un examen de las obligaciones y los deberes de los Estados y de los requisitos del derecho internacional. Estas obligaciones se derivan a su vez de instrumentos de derecho internacional que los Estados decidieron formular y aprobar, en reconocimiento de la necesidad de eliminar la discriminación para cumplir su propósito de hacer frente a la desigualdad. El objeto y el fin esenciales de estos instrumentos jurídicos internacionales es la creación de sociedades en las que todas las personas puedan participar en igualdad de condiciones. Por lo tanto, al tiempo que establece la aprobación de una ley general contra la discriminación como una obligación, el objetivo de la guía es también ofrecer una hoja de ruta a los Estados que tratan de convertir en realidad sus ambiciones y compromisos con respecto a la consecución de un mundo igualitario.

El derecho a la no discriminación en el derecho internacional

Tras la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprobó una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes, en los que la prohibición de la discriminación era una característica esencial. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben la discriminación en el disfrute de todos los derechos que garantizan, mientras que el primero establece además un derecho autónomo e independiente a la no discriminación y el derecho de todas las personas a tener igual reconocimiento ante la ley y los mismos beneficios y protección de la ley.

Más allá de estos dos instrumentos, el derecho a la no discriminación es un elemento fundamental en todos los demás tratados internacionales de derechos humanos. Se han aprobado convenciones específicas sobre la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra la mujer, así como sobre los derechos de las personas con discapacidad, mientras que algunos tratados, que abarcan desde la prohibición de la tortura hasta los derechos del niño, contienen disposiciones contra la discriminación. En efecto, se ha reconocido que los derechos a la igualdad y a la no discriminación son "la piedra angular de todos los derechos humanos"[4], y el fundamento absoluto de la protección de los derechos humanos de que gozan las minorías y otros grupos marginados o estigmatizados.

Evolución de la comprensión del derecho a la igualdad y a la no discriminación

En los primeros años de la práctica internacional de los derechos humanos, se consideraba que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se equiparaban al derecho a recibir un trato igualitario. Esta interpretación

[4] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 4.

se basaba en la noción de comparación, a saber, que las personas no deben ser tratadas de forma diferente cuando se las compara con otras en una situación similar, sobre la base de determinadas características o "motivos" importantes. Se entendía que todas las personas debían ser tratadas por igual, con independencia de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

Con el paso del tiempo, la comprensión de los derechos a la igualdad y a la no discriminación fue evolucionando, a medida que se aprobaban nuevos instrumentos de derechos humanos y que la práctica internacional se veía influida por los acontecimientos en el ámbito nacional. En esencia, los Estados han elaborado y codificado los elementos de derecho necesarios para hacer efectivo su compromiso principal y general de eliminar todas las formas de discriminación. Si bien queda fuera del alcance de esta publicación exponer de forma detallada estos acontecimientos, un breve examen de algunas de las principales tendencias puede servir para demostrar por qué y cómo tanto los Estados como los organismos internacionales han llegado a la conclusión de que los derechos a la igualdad y a la no discriminación solo pueden garantizarse de forma efectiva mediante la aprobación de leyes generales contra la discriminación y su cumplimiento y aplicación efectivos.

En primer lugar, se ha aclarado el alcance personal del derecho a la no discriminación, ya que los Estados han reconocido que la discriminación sobre la base de la categoría "otra condición" abarca muchas características que se omiten en la breve lista de las que se incluyen de forma particular en los primeros tratados internacionales. Los primeros instrumentos de derechos humanos enumeraban solo algunos motivos específicos, y se omitían la edad, la discapacidad y la orientación sexual, entre otros. Dado que los Estados han reconocido que el trato desfavorable derivado de estos y otros motivos es tan grave y perjudicial como el derivado de los motivos enumerados en los primeros instrumentos, se ha codificado en la legislación una lista más amplia de motivos. En consecuencia, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han reconocido un número creciente de motivos como formas de la categoría "otra condición": en 2021, la lista de motivos reconocidos en el derecho internacional superaba la veintena. En este proceso, los órganos de tratados han reforzado y reiterado la necesidad de adoptar un enfoque abierto e inclusivo para reconocer los motivos de discriminación: el reconocimiento progresivo de motivos adicionales durante decenios subraya la necesidad de mantener abierta la lista. Otro avance es el reconocimiento de que los actos basados en la percepción de que una persona posee una característica particular, o en la asociación con quienes la poseen, también constituyen discriminación, independientemente de la condición real de la persona en cuestión. De forma paralela, los órganos de derechos humanos han reconocido cada vez más la obligación de los Estados de prohibir la discriminación interseccional —es decir, la que se produce por la interacción entre dos o más características diferentes—, algo que solo puede lograrse mediante leyes generales contra la discriminación.

En segundo lugar, se han definido y prohibido expresamente diferentes formas de discriminación, ya que los Estados han reconocido que la interpretación inicial del derecho —como derecho a ser tratado de la misma manera— no abordaba de forma efectiva todas las formas de discriminación. En particular, se ha reconocido que el hecho de tratar por igual a personas con necesidades y características diferentes puede dar lugar a discriminación. Por ello, se han codificado en la legislación otras formas de discriminación, en los planos nacional e internacional. El concepto de discriminación indirecta —que surge cuando la aplicación de normas universales tiene un impacto negativo desproporcionado sobre las personas con una característica particular— está establecido desde hace tiempo en el derecho internacional. Por otra parte, el derecho internacional ha reconocido el derecho a introducir ajustes razonables —las adaptaciones necesarias para que las personas con discapacidad u otros grupos particulares puedan participar en igualdad de condiciones— como un elemento esencial del derecho a la no discriminación. Estos y otros avances reflejan la progresión desde una interpretación restrictiva del derecho a la no discriminación, centrada en la prohibición de las diferencias de trato, hacia un modelo inclusivo, que busca la igualdad de participación mediante la adaptación a las diferencias y su reconocimiento.

En tercer lugar, los Estados formularon nuevas medidas de recurso para hacer frente a toda la gama de perjuicios derivados de la discriminación y establecieron las salvaguardias procesales necesarias para garantizar la efectividad de las leyes contra la discriminación. Estas medidas se han codificado en el plano internacional. En el ámbito nacional, las dificultades experimentadas para aplicar, poner en práctica y hacer cumplir las leyes contra la discriminación han conllevado la elaboración de nuevas normas relativas a los recursos contra la discriminación

y el acceso a la justicia para las personas expuestas a la discriminación. Los órganos de derechos humanos han proporcionado orientaciones sobre las medidas que los Estados deben incorporar a su legislación para garantizar un acceso igualitario y efectivo a los tribunales, prohibir y reparar la victimización y adaptar las normas que rigen la práctica de la prueba con objeto de garantizar la efectividad del derecho a la no discriminación. En los casos en que esta acción ha prosperado, el concepto de recurso se ha ampliado para incorporar medidas destinadas a abordar los aspectos institucionales y sociales de la discriminación.

En cuarto lugar, cada vez se reconoce más la necesidad y el alcance de las medidas positivas y proactivas para garantizar la no discriminación en el disfrute de los derechos y la igualdad de participación en todos los ámbitos de la vida. Esto se basa en el reconocimiento de que la eliminación de la discriminación por sí sola no abordará todas las desigualdades basadas en la condición o la identidad, muchas de las cuales están profundamente arraigadas en las estructuras sociales y económicas o surgen como resultado de patrones históricos de discriminación. Las medidas de acción positiva —en ocasiones denominadas medidas especiales o medidas especiales de carácter temporal— son medidas específicas y preferenciales diseñadas para hacer frente a esas desigualdades. Si bien los primeros instrumentos de derechos humanos reconocían que los Estados podían adoptar este tipo de medidas específicas destinadas a corregir las desventajas y aumentar la igualdad de determinados grupos y personas, posteriormente se ha establecido que tales medidas son necesarias y no simplemente admisibles. En términos más generales, desde el cambio de siglo se reconoce cada vez más que para lograr una igualdad sustantiva se requiere un enfoque holístico y global que va más allá de la prohibición de la discriminación e incluye la adopción de una amplia gama de otras medidas proactivas.

Un quinto ámbito esencial se refiere a la función de la ley para hacer frente a las fuerzas sociales —prejuicios, estereotipos y estigmatización— que sustentan y motivan muchas manifestaciones de discriminación. Por un lado, el derecho internacional siempre ha reconocido que la discriminación puede ser tanto intencionada como no intencionada. Por lo tanto, las definiciones de discriminación se centran en el vínculo causal entre la(s) característica(s) de una persona y el perjuicio que ha sufrido, en lugar de evaluar la motivación de la parte discriminadora. Por otro lado, el derecho internacional reconoce las obligaciones que incumben al Estado de abordar las causas profundas de la discriminación, mediante la obligación de adoptar medidas para combatir los prejuicios, los estereotipos, la estigmatización y otras prácticas sociales o culturales y patrones de comportamiento que socavan la igualdad. Al igual que en otros ámbitos, aunque estas obligaciones se reconocen en los primeros instrumentos de derechos humanos, en los últimos años el sistema internacional de derechos humanos ha prestado cada vez mayor atención a la función de los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización, y ha formulado normas claras para los Estados. En última instancia, cada vez se reconoce más que el derecho internacional de los derechos humanos exige lo positivo: la celebración de la diversidad.

Todos estos cambios indican que aumenta la conciencia acerca de todas las formas de discriminación y se comprende mejor la manera en que las distintas formas de discriminación causan y agravan la desigualdad. Todos muestran el reconocimiento de que para proteger y hacer efectivo el derecho a la no discriminación es necesario codificar conceptos y definiciones legales, procedimientos y normas, derechos y obligaciones, de modo que resulta indispensable disponer de legislación específica. Por ello, durante los decenios posteriores al milenio ha surgido un consenso que crece con celeridad en torno a la idea de que los Estados solo pueden eliminar de manera plena y efectiva todas las formas de discriminación si proceden a aprobar, hacer cumplir y aplicar leyes generales contra la discriminación.

Derechos de las minorías y prohibición de la discriminación

El derecho a la no discriminación es fundamental para el disfrute de los derechos de las minorías y, por ello, la promulgación de legislación general contra la discriminación[5] es un avance esencial hacia el logro de su realización.

[5] En la guía se utilizan indistintamente las expresiones “legislación general contra la discriminación” y “ley general contra la discriminación”.

En su resolución más reciente sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, el Consejo de Derechos Humanos afirmó, entre otras cosas:

> **la necesidad de redoblar los esfuerzos para alcanzar el objetivo de hacer plenamente efectivos los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, en particular abordando sus condiciones económicas y sociales y la marginación de que son objeto, y para acabar con todo tipo de discriminación contra esas personas,**
>
> **...**
>
> ***Poniendo de relieve* la importancia de reconocer y combatir las formas múltiples, agravadas e interseccionales de discriminación contra las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y sus efectos adversos añadidos en el disfrute de sus derechos[6].**

El derecho a la no discriminación ocupa un lugar central en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992). Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas han pedido de forma sistemática a los Estados que garanticen a las minorías el pleno disfrute de todos los derechos humanos sin discriminación, mientras que en el examen periódico universal y otros mecanismos, los Estados han instado sistemáticamente a sus homólogos a reforzar los derechos de las minorías y su inclusión. En su intervención ante el 43er período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Gobierno de Austria —patrocinador del mandato del Consejo de Derechos Humanos sobre las minorías— indicó que el derecho a la no discriminación era el fundamento de la protección de las minorías.

Todas estas afirmaciones reflejan el hecho de que las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas suelen experimentar discriminación en ámbitos de la vida que abarcan desde el acceso a la educación hasta la participación en la vida pública, y desde el empleo hasta la vivienda y la atención sanitaria. Históricamente se ha entendido que diversos elementos de los derechos de las minorías quedaban fuera del ámbito del derecho a la no discriminación. Sin embargo, como sucede con todos los derechos humanos, estos derechos no pueden ejercerse sin una protección efectiva contra la discriminación. De hecho, en términos más generales, los derechos de las minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión o a utilizar su propio idioma pueden entenderse como manifestaciones y aplicaciones específicas de los derechos a la igual protección de la ley y a la no discriminación.

La efectividad del derecho a la no discriminación requiere la protección de grupos que tradicionalmente no se consideran minorías. No obstante, como ya se ha señalado, en la actualidad se reconoce claramente que la complejidad y la riqueza de la personalidad humana requiere un enfoque interseccional para dar efectividad a los derechos de las minorías y, de hecho, a todos los derechos. Por este motivo, Minority Rights Group International —organización dedicada a garantizar los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas y de los Pueblos Indígenas— ha señalado que: "Para llegar a los grupos más excluidos tenemos que comprender de qué manera se produce la intersección de la discriminación en diferentes elementos de identidad: por ejemplo, género, sexualidad, edad, raza, religión y discapacidad. Estos no se experimentan de forma independiente unos de otros, sino que en conjunto agravan la experiencia de discriminación en la realidad que vive una determinada persona"[7]. De esta y de otras observaciones similares se deduce que, cuando las leyes contra la discriminación no ofrecen una protección general, las minorías, entre otros grupos, se ven privadas de protección y de recursos efectivos.

Más allá de la necesidad de hacer efectivos los derechos de las propias minorías, la atención mundial dedicada a garantizar la no discriminación y la igualdad de las minorías se basa, entre otras cosas, en la toma de conciencia de que la discriminación estructural contra las minorías puede suscitar las fuerzas más oscuras de la humanidad, por ejemplo, la guerra y el genocidio. Refleja asimismo el interés, de larga data, pero cada vez más urgente, por hacer frente a las fuerzas sociales que sustentan e impulsan los patrones de discriminación.

---

6 Resolución 43/8 del Consejo de Derechos Humanos, párrafos octavo y décimo del preámbulo.

7 Nicole Girard, "Reaching the most marginalized: an intersectional approach to minority rights", Minority Rights Group International. Disponible en https://minorityrights.org/fifty/report/intersectional-approach.

Así pues, aunque la aprobación y aplicación de leyes generales contra la discriminación no es condición suficiente para hacer efectivos los derechos de las minorías, es un elemento necesario —y, de hecho, esencial— de un sistema de protección efectivo.

Impacto de las leyes generales contra la discriminación

Es esencial promulgar, hacer cumplir y aplicar leyes generales contra la discriminación para que los Estados afronten y eliminen todas las formas de discriminación y garanticen el ejercicio de los derechos de las minorías. Desde 2000, un número cada vez mayor de Estados —desde Sudáfrica hasta la República de Moldova y desde el Estado Plurinacional de Bolivia hasta el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte— han aprobado leyes generales contra la discriminación. Al hacerlo, estos Estados han puesto su derecho interno de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales.

Sin embargo, la aprobación de esas leyes representa mucho más que eso. Indica un reconocimiento de que la ley debe reflejar valores compartidos de dignidad, inclusión y diversidad y proporcionar una protección efectiva frente al daño, y de que los Estados solo podrán crear sociedades más igualitarias si afrontan la discriminación.

La justificación de estas leyes es, sobre todo, el hecho de que traducen compromisos abstractos relativos a la igualdad en derechos jurídicamente exigibles, y dotan a las personas expuestas a la discriminación y las desventajas conexas de las herramientas necesarias para impugnar dicho trato y recibir reparación. Un estudio de caso demuestra esta notable transformación en la práctica: en 2016, poco más de dos decenios después de su creación, Unia —el organismo federal de igualdad de Bélgica— comunicó que había recibido 5.619 denuncias de discriminación, lo que le llevó a abrir 1.907 expedientes que abarcaban la discriminación por diversos motivos, como la raza, la discapacidad y la religión o las creencias. También publicó evaluaciones exhaustivas en las que se señalaban notables desigualdades en el sistema educativo belga, en particular en lo relativo al origen social, el género, la discapacidad o la orientación sexual de los alumnos[8]. No hay indicios de que en Bélgica haya más o menos discriminación que en cualquier otra sociedad; los datos demuestran más bien el funcionamiento de un sistema que trabaja para hacer frente a la discriminación que las personas consideran que han experimentado en su vida cotidiana y dar una respuesta al respecto, y de una administración que se ha tomado en serio estos problemas y ha establecido medios legales para resolverlos.

Por lo tanto, si se procede correctamente, las leyes generales contra la discriminación ofrecen a las personas un marco práctico y tangible que les permite adoptar medidas para hacer valer sus derechos cuando consideran que estos han sido vulnerados. En todo el mundo, cuando los Estados han aprobado este tipo de leyes, ha aumentado la capacidad de las personas afectadas por la discriminación para buscar y obtener reparación. Por ejemplo, en julio de 2004, un tribunal de Sofía dictó la primera resolución con arreglo a la ley general contra la discriminación del país, que había entrado en vigor en enero de ese año. El tribunal ordenó a una empresa que pagara daños morales equivalentes a 300 dólares a la demandante, Sevda Nedkova Nanova, una mujer romaní de Sofía. El tribunal concluyó que la Sra. Nanova había sido objeto de discriminación directa cuando un dependiente de la tienda de calcetines de la empresa se negó a atenderla y la obligó a abandonar la tienda, dirigiéndole epítetos raciales humillantes[9]. Más allá de la indemnización por daños y perjuicios concedida a la Sra. Nanova, la decisión envió el importante mensaje de que la discriminación estaba prohibida y sería objeto de sanción con arreglo a la nueva ley.

Abundan otros ejemplos. En la República de Moldova, el Consejo para la Prevención y la Eliminación de la Discriminación y la Garantía de la Igualdad, establecido en virtud de la Ley General contra la Discriminación de 2012, ha fallado a favor de las minorías lingüísticas en varias ocasiones, incluso ha ordenado a los

[8] Véase www.unia.be/en/publications-statistics/publications/unias-work-expressed-in-figures-for-2016.

[9] Para más información sobre el caso, véase Bulgarian Helsinki Committee, “Sofia City Court convicts company of ethnic discrimination against Roma” (2004).

organismos públicos que publiquen sus sitios web en rumano y ruso[10]. En Sudáfrica, uno de los primeros Estados en aprobar una ley general contra la discriminación, una mujer de 25 años de un municipio de la periferia de Durban recurrió a la ley para impugnar y revocar la prohibición de que las mujeres llevaran pantalones, impuesta por un edicto de los líderes de la comunidad[11]. Más allá del impacto positivo en las personas y las comunidades derivado de los litigios y las decisiones de los tribunales, las leyes generales contra la discriminación benefician a las minorías y a otras comunidades marginadas de muchas otras maneras. En el Estado Plurinacional de Bolivia, por ejemplo, la promulgación de una ley general contra la discriminación ha dado lugar a una mayor participación política de los Pueblos Indígenas y a la redistribución de la tierra, entre otras mejoras[12], mientras que en el Reino Unido, debido a las obligaciones en materia de igualdad impuestas por la Ley de Igualdad de 2010, las autoridades locales están actuando para detectar y eliminar las barreras que limitan el nivel educativo de los niños pertenecientes a comunidades étnicas y religiosas minoritarias[13].

Además de los beneficios claros y directos para las personas y las comunidades, la aprobación y aplicación de leyes generales contra la discriminación ha creado oportunidades para promover la inclusión de las minorías y los grupos marginados, fomentar la diversidad y la representación, y garantizar la igualdad de participación de quienes corren el riesgo de quedarse atrás. De hecho, aunque la aplicación de esta legislación suele centrarse en sancionar y reparar actos específicos de discriminación, también puede contribuir de forma positiva a combatir los estereotipos. La aplicación de leyes contra la discriminación puede permitir que el público en general conozca los problemas que afrontan las personas objeto de discriminación. A medida que estas leyes se convierten en parte activa del ordenamiento jurídico nacional, pueden ayudar a poner fin a los discursos de impotencia y vulnerabilidad, al apoyar a las personas y grupos estigmatizados y excluidos para que actúen contra el trato desigual. En última instancia, la aplicación continua y generalizada de la ley generará cambios en la política y la práctica, mediante la eliminación de barreras y el aumento de la participación de personas y grupos marginados o estigmatizados, promoviendo de este modo la diversidad, la comprensión y la tolerancia. Así, en países de todo el mundo, la aprobación y aplicación efectiva de leyes generales contra la discriminación ha dado lugar a un auténtico cambio social y ha permitido avanzar hacia una cultura de paz, respeto mutuo y comprensión.

Las leyes contra la discriminación en un mundo en evolución

Si bien hace ya decenios que los Estados se han comprometido a hacer efectivo el derecho a la no discriminación, la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) ha puesto de relieve con dureza los problemas de la desigualdad y la discriminación y ha conferido una urgencia renovada a los esfuerzos para afrontarlos. La pandemia ha puesto de manifiesto profundas desigualdades en nuestras sociedades, ya que las respuestas del Estado en relación con la prestación de asistencia sanitaria, la aplicación de medidas de confinamiento y las políticas formuladas para mitigar los impactos económicos han tenido repercusiones desproporcionadas y discriminatorias[14]. El Diálogo fronterizo para combatir la discriminación estructural basada en la raza y la etnia mediante los planes de recuperación de la COVID-19, por ejemplo, descubrió que cuando se disponía de datos desglosados, estos mostraban que las tasas de morbilidad y mortalidad por la COVID-19 eran considerablemente más elevadas entre los grupos étnicos que experimentaban discriminación. Citaba datos de países, como los Estados Unidos de América, que revelaban que el efecto dispar del virus en los afroamericanos era en parte resultado de la discriminación y las desigualdades estructurales, incluida su función desproporcionada como trabajadores esenciales de primera línea, el menor acceso a los seguros sanitarios, la

---

[10] Véase, por ejemplo, Consejo de la República de Moldova para Prevenir y Eliminar la Discriminación y Garantizar la Igualdad, Causa núm. 36/218, Decisión, 2 de agosto de 2018 (disponible en http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie_constatare_36_2018.pdf); y Causa núm. 37/18, Decisión, 23 de agosto de 2018 (disponible en http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie_constatare_37_2018.pdf).

[11] Emily N. Keehn, "The equality courts as a tool for gender transformation", 2010. Disponible en https://escholarship.org/content/qt1ms61553/qt1ms61553_noSplash_a09f8d08d80f6b092e02247da12ca35e.pdf.

[12] Comunidad de Derechos Humanos and Equal Rights Trust, *Balance de la Implementación de la Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación: Ley No. 045* (La Paz, 2020).

[13] Véase, por ejemplo, un estudio de caso sobre Tower Hamlets realizado por la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos.

[14] Equal Rights Trust and others, "Call to action: addressing discrimination and inequality in the global response to COVID-19" (2020). Disponible en www.equalrightstrust.org/sites/default/files/images/COVIDResponse.pdf.

insuficiente cobertura de los servicios de salud en determinadas zonas geográficas y los prejuicios inconscientes entre los proveedores de asistencia sanitaria[15]. En otros lugares, los estudios realizados por organizaciones de la sociedad civil han identificado numerosas repercusiones discriminatorias derivadas de las respuestas a la pandemia, que abarcan desde los efectos desproporcionados de los despidos en las trabajadoras en el Paraguay[16], hasta la falta de adaptación a las necesidades de los niños con discapacidad y los hablantes de idiomas minoritarios en los programas de educación a distancia en Kirguistán[17].

La pandemia no es el único cambio significativo que subraya la necesidad de que se preste una atención renovada a la lucha contra la discriminación. La evolución tecnológica, desde los espectaculares avances en la velocidad y disponibilidad de la información en línea hasta el creciente uso de la inteligencia artificial y el aprendizaje automático, plantea nuevos riesgos y amenazas en relación con la discriminación. Los efectos del cambio climático sobre los derechos humanos ya están afectando de manera desproporcionada a las comunidades minoritarias y a otras personas y grupos marginados, tanto debido a las desigualdades históricas como a las políticas y prácticas discriminatorias contemporáneas. Es más, aunque ya se han puesto de manifiesto algunas de las repercusiones discriminatorias de estas tendencias —y de las correspondientes respuestas de los Estados—, todavía no se conocen todas las repercusiones potencialmente discriminatorias.

Estos y otros acontecimientos confieren una nueva urgencia a los esfuerzos realizados durante decenios para proteger y hacer efectivo el derecho a la no discriminación y demuestran la necesidad de que los Estados utilicen la evaluación del impacto sobre la igualdad para detectar y eliminar los efectos discriminatorios de sus leyes, políticas y prácticas. Subrayan la necesidad de promulgar y aplicar leyes generales contra la discriminación.

En última instancia, si bien la desigualdad se manifiesta de distintas formas y surge como resultado de diferentes fuerzas sociales, económicas y políticas, todas las iniciativas para afrontarla requieren que se elimine la discriminación. Las sociedades que no hacen frente a la discriminación de forma efectiva y global nunca podrán ser igualitarias y seguirán experimentando los perjuicios individuales y sociales de la desigualdad. Así pues, si aspiramos a crear sociedades en las que todas las personas sean libres e iguales en dignidad y derechos sin dejar a nadie atrás, la aprobación de leyes generales contra la discriminación es, sencillamente, una necesidad.

La presente guía está concebida para ayudar a quienes emprendan este camino hacia una mayor igualdad.

---

15 Organización Internacional del Trabajo, *Adenda 2020 al Estudio General: Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante* (Ginebra, 2021), párr. 226.

16 Kuña Roga y Central Unitaria de Trabajadores (Paraguay), marzo de 2021 (en los archivos de Equal Rights Trust).

17 Institute for Youth Development of Kyrgyzstan, marzo de 2021 (en los archivos de Equal Rights Trust).

I. METODOLOGÍA, ALCANCE Y LIMITACIONES

La presente guía es fruto de una colaboración entre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) —la expresión institucional de una adhesión mundial a los derechos humanos— y Equal Rights Trust —la principal organización internacional de la sociedad civil que apoya a quienes trabajan para garantizar la aprobación y la aplicación de leyes de igualdad. Conjuntamente aportaron amplios conocimientos y experiencia sobre las normas internacionales en materia de igualdad y no discriminación, así como experiencia en la elaboración y la aprobación de leyes contra la discriminación. Al mismo tiempo, esta asociación permitió colaborar con una amplia gama de actores estatales y no estatales, expertos y activistas con experiencia en este ámbito del derecho, procedentes de todo el mundo.

La creación de la guía conllevó la investigación de las normas jurídicas internacionales sobre los derechos a la igualdad y la no discriminación, así como amplias consultas tanto con Gobiernos como con organizaciones no gubernamentales para detectar las prácticas pertinentes a nivel nacional. Un pequeño equipo conjunto de Equal Rights Trust y de la Sección de Pueblos Indígenas y Minorías del ACNUDH se ocupó de la investigación, las consultas y la redacción de la guía.

A. Metodología y proceso de investigación

Para elaborar la guía se llevaron a cabo cuatro procesos de investigación. En primer lugar, el personal de Equal Rights Trust y del ACNUDH realizó una investigación jurídica para identificar las normas jurídicas internacionales pertinentes en materia de igualdad y no discriminación. Esto requirió un examen exhaustivo de los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, la interpretación de estos instrumentos por los órganos de tratados de las Naciones Unidas en sus observaciones generales, observaciones finales y denuncias individuales, y el análisis y comentario de estas normas por académicos, organizaciones no gubernamentales o instituciones nacionales de derechos humanos en particular. La investigación sobre los sistemas regionales de derechos humanos en África, Europa y las Américas corrió a cargo de becarios de Equal Rights Trust y expertos individuales que trabajaron a título gratuito. Las secciones temáticas y las oficinas sobre el terreno del ACNUDH aportaron su contribución en todos los aspectos de la elaboración de la guía. El proceso de investigación, análisis y redacción comenzó en el primer semestre de 2020 y continuó hasta el primer trimestre de 2021, de forma paralela a las convocatorias para la aportación de datos y las consultas.

En segundo lugar, y junto a esta primera actividad, los asociados publicaron convocatorias para la aportación de datos. A mediados de 2020, el ACNUDH distribuyó una nota verbal a los Estados Miembros de las Naciones Unidas en la que pedía que se aportaran ejemplos de disposiciones de leyes nacionales contra la discriminación y ejemplos de buenas prácticas. También abrió una convocatoria pública para la aportación de datos, con el fin de recabar contribuciones de la sociedad civil y del público en general. Esta convocatoria se distribuyó a través de las presencias sobre el terreno del ACNUDH y de su Global Network of Minority Fellows, y a la red de asociados defensores de la igualdad de Equal Rights Trust en todo el mundo. Al mismo tiempo, Equal Rights Trust contrató a expertos de determinadas jurisdicciones nacionales que disponían de leyes generales contra la discriminación para que aportaran ejemplos y contribuciones. Como resultado de esta labor de divulgación, los redactores de la guía recibieron aportaciones de Estados, organizaciones de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales internacionales y organizaciones populares de todo el mundo, que compartieron opiniones sobre buenas prácticas, disposiciones jurídicas ejemplares, dilemas y preocupaciones en el ámbito de la legislación contra la discriminación y en favor de la igualdad.

En tercer lugar, los asociados convocaron cuatro consultas mundiales en línea para examinar temas, cuestiones y problemas fundamentales que surgieron durante el proceso de investigación. En noviembre de 2020 se convocaron tres consultas en línea mediante webinarios sobre los siguientes temas:

- Elementos y alcance del derecho a ser protegido contra toda forma de discriminación, que incluía “Formas de discriminación: actos y omisiones prohibidos” (sesión 1) y “El derecho a un recurso efectivo” (sesión 2).
- La gobernanza y el derecho a la protección contra toda forma de discriminación, que incluía “Medidas de acción positiva” (sesión 3) y “Los organismos de igualdad: ¿una idea global?” (sesión 4).

- Protección de las minorías, grupos particulares y otras cuestiones de aplicación especial, que incluía "Protección de las minorías, grupos particulares y otras cuestiones de aplicación especial (sin tema predeterminado) (sesión 6).

En febrero de 2021, los asociados en el proyecto dieron continuidad a estas consultas con un webinario específico sobre "El nexo entre la expresión y la acción: discurso de odio, incitación y legislación contra la discriminación".

En cuarto lugar, se enviaron proyectos de la guía a algunos expertos para su verificación y validación. En el primer trimestre de 2021 se envió un proyecto completo de la guía para su revisión y validación a más de 50 expertos del mundo académico, la sociedad civil —incluidas, en particular, las principales organizaciones internacionales que trabajan con diferentes grupos expuestos a la discriminación y en su nombre— y el propio ACNUDH. De forma paralela a este proceso, la guía fue examinada minuciosamente por el Comité Asesor Independiente (véase más adelante). Tras la validación, el equipo de investigación examinó todos los comentarios, las aportaciones y las propuestas, y adaptó el texto en la medida necesaria para garantizar su precisión e integridad.

B. Supervisión y orientación

La elaboración de la guía fue supervisada por dos comités de expertos, un comité asesor independiente y el Comité de Publicaciones del ACNUDH.

Desde el inicio de la elaboración de la guía se creó un comité asesor independiente. El Comité Asesor estuvo integrado por 13 destacados expertos en legislación contra la discriminación y en favor de la igualdad, entre los que se contaban tres antiguos Relatores Especiales de las Naciones Unidas, algunos de los principales expertos académicos en derecho comparado en materia de igualdad y litigantes, jueces y representantes de organismos de igualdad independientes con experiencia. Además de su experiencia personal, los miembros del Comité Asesor fueron contratados con el fin de garantizar la diversidad de conocimientos, experiencia, pensamiento y orientación. El Comité Asesor contó con una representación equilibrada en cuanto al género e incluyó, entre otros, a reconocidos expertos en legislación contra la discriminación de mujeres, personas con discapacidad, personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y minorías. En él participaron abogados, académicos, así como activistas y personas con experiencia en entornos gubernamentales, no gubernamentales e intergubernamentales. Los miembros del Comité Asesor representaron a una amplia gama de diferentes tradiciones y ordenamientos jurídicos de todas las regiones del mundo.

El Comité Asesor proporcionó orientación especializada a los asociados en todo momento y contribuyó a garantizar la pertinencia, utilidad y validez de la guía. El Comité Asesor participó en la orientación de los trabajos durante las fases de inicio, desarrollo, consulta y validación del proceso y estuvo disponible para prestar asesoramiento en todo momento. El Comité Asesor se reunió en numerosas ocasiones y ofreció regularmente orientación durante el proceso de investigación y redacción. Además de aportar sugerencias en la fase de desarrollo de la guía, los miembros del Comité Asesor revisaron la guía a medida que se redactaba. Cuando se dispuso de un proyecto completo de la guía, a principios de 2021, el Comité Asesor se reunió durante varios días para revisarlo y comentarlo en detalle, al tiempo que realizaba amplias aportaciones por escrito.

El Comité de Publicaciones del ACNUDH participó también de forma amplia en la elaboración de la guía. Además de aprobar una nota conceptual inicial, el Comité de Publicaciones delegó a un experto para que atendiera regularmente consultas sobre la formulación de la guía. De conformidad con sus procedimientos, el Comité de Publicaciones también designó revisores para proceder al examen por homólogos del manuscrito, siguiendo los procesos de validación, verificación y revisión del Comité Asesor. Las sugerencias de los expertos encargados de ese examen se incorporaron al proyecto final de la guía.

C. Enfoque

El enfoque de consulta y colaboración, con amplitud y en profundidad, que han aplicado los asociados durante todas las fases de elaboración de la guía refleja el reconocimiento de una serie de hechos básicos en este ámbito del derecho. En primer lugar, existe una comunidad verdaderamente global de profesionales que trabajan en todos los países del mundo en las cuestiones relativas a la igualdad y la no discriminación. El derecho internacional ha influido en los acontecimientos nacionales y regionales y se ha visto influido por ellos, de modo que es importante colaborar con el mayor número posible de interlocutores nacionales, regionales e internacionales.

En segundo lugar, debido a la diversidad de las tradiciones y los ordenamientos jurídicos del mundo, si bien las cuestiones jurídicas que nos ocupan son asuntos de interés público común, sobre algunas de ellas se han expresado opiniones divergentes que es preciso examinar detenidamente y armonizar. En otras palabras, si bien el derecho internacional es claro e inequívoco en cuanto a la obligación de los Estados de eliminar de forma general todas las formas de discriminación, quienes lo interpretan suelen hacerlo de formas distintas.

Finalmente, la calidad de la guía se ha beneficiado enormemente del tiempo y el esfuerzo dedicados a lograr que expertos, profesionales, grupos afectados y Gobiernos participen en particular en su elaboración.

D. Alcance y limitaciones

El objetivo de la presente publicación es proporcionar a quienes trabajan en la elaboración de leyes contra la discriminación una guía en la que se expongan claramente los requisitos de un instrumento jurídico de este tipo y se ofrezcan ejemplos prácticos de cómo se ha procedido en una amplia gama de contextos en todo el mundo. En el curso de este proceso, inevitablemente, los redactores han incluido el examen de los fundamentos conceptuales, jurídicos y normativos de esas leyes, basándose en el derecho internacional y en la orientación internacionalmente autorizada.

También es importante precisar lo que no es la guía.

En primer lugar, si bien en la guía se cita jurisprudencia, el único propósito es ilustrar cómo han evolucionado determinados conceptos de la legislación contra la discriminación y cómo se ha interpretado su significado. La presente publicación no es una guía para el litigio o la resolución.

En segundo lugar, se mantiene un intenso debate mundial sobre la forma en que podría evolucionar la legislación relativa a la igualdad en el futuro y una comunidad de académicos, activistas y profesionales se dedica a reflexionar sobre esta cuestión. Aunque la experiencia de algunas de estas personas ha sido crucial para la elaboración de la guía, la presente publicación no pretende contribuir a este debate, en la medida en que no está orientada al futuro. Debe entenderse que el material que se presenta en la guía corresponde a la legislación en vigor. La guía no examina la posible evolución del derecho internacional en el futuro; de hecho, en varios puntos, los redactores han excluido el material especulativo o relativo a las aspiraciones.

Aunque los autores intentaron redactar una guía basada en las experiencias sobre la elaboración y promulgación de leyes contra la discriminación en todo el mundo, los recursos aportados a esta iniciativa son, en última instancia, finitos: no cabe afirmar que se haya incluido aquí la totalidad de leyes, comentarios jurídicos, experiencias, tradiciones o dilemas pertinentes. Si bien los redactores han tratado de analizar de forma amplia el derecho internacional y su aplicación —a fin de ofrecer a los redactores de la legislación una visión clara de las obligaciones y requisitos pertinentes— en lo relativo a los datos procedentes de la legislación nacional, la guía debe considerarse ilustrativa, no exhaustiva.

La presente guía resume los avances jurídicos y fácticos a 30 de junio de 2022.

II. CÓMO UTILIZAR LA GUÍA

La guía se ha diseñado, elaborado y redactado teniendo en cuenta su utilidad: su objetivo es, en la medida de lo posible, proporcionar orientaciones claras, concisas y completas a las personas que participan en la elaboración de leyes generales contra la discriminación, de la forma más accesible posible.

A. Estructura de la guía

En la medida de lo posible, la guía está concebida como un itinerario lineal y explicativo. El resumen ejecutivo de la guía se ha diseñado de forma que sirva tanto para reseñar el material contenido en la parte principal de la publicación como para reiterar las obligaciones fundamentales que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional con respecto a la promulgación de leyes contra la discriminación. Los principios establecidos en el resumen ejecutivo son una síntesis de las normas jurídicas internacionales que se examinan en detalle en el resto de la guía y se han formulado con el objetivo de que constituyan un conjunto independiente de principios básicos para la elaboración de leyes generales contra la discriminación.

En la primera parte de la guía, los redactores ofrecen una explicación detallada del marco normativo internacional en el que se basa el requisito de aprobar una ley general contra la discriminación. Además de exponer las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de promulgar, hacer cumplir y aplicar una ley general contra la discriminación, la primera parte examina el creciente consenso expresado por los Estados a nivel regional y nacional.

En la segunda parte de la guía, los redactores examinan el contenido indispensable de las leyes contra la discriminación, para que sean consideradas generales y estén en conformidad con las normas jurídicas internacionales. Esta parte está organizada en secciones que cubren todos los elementos de la legislación contra la discriminación. Las tres primeras secciones abarcan el contenido del derecho a la no discriminación —se tratan, por ejemplo, el alcance personal, las formas de conducta prohibida, el alcance material y las justificaciones y excepciones—, las medidas de acción positiva y las obligaciones en materia de igualdad. A continuación, la guía incluye secciones en las que se examina el derecho a un recurso efectivo; el acceso a la justicia y el cumplimiento; los mandatos, las funciones y las competencias de los organismos de igualdad; y las obligaciones más amplias de los Estados en materia de aplicación, como la formulación de políticas y estrategias de igualdad y el uso de la evaluación del impacto sobre la igualdad.

En la tercera parte, los redactores examinan la aplicación particular del derecho a la no discriminación en el contexto de la protección de los derechos de las minorías, señalando tanto el carácter esencial de este derecho para el ejercicio de los derechos de las minorías como las complejas cuestiones que se plantean en los distintos puntos de intersección.

En la cuarta parte, los redactores examinan dos cuestiones distintas relacionadas con la elaboración de una ley general contra la discriminación: la violencia discriminatoria y los delitos de odio; así como el discurso de odio y la incitación.

La guía concluye con una sección en la que se examina la función de las leyes contra la discriminación en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados de abordar las causas profundas de la discriminación y promover la diversidad.

B. Estructura de las secciones

Las partes de la guía está divididas en secciones, cada una de las cuales examina un elemento o componente específico de la legislación contra la discriminación. Todas las secciones contienen un examen del concepto jurídico pertinente, comenzando por la norma jurídica internacional correspondiente establecida en los tratados de derechos humanos, antes de proceder a examinar su interpretación o elaboración a través de la labor de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. En las secciones se examinan, a continuación, las normas e interpretaciones regionales y, en la medida necesaria, nacionales.

Al inicio de todas las secciones figura un recuadro con un resumen en el que se sintetizan los principios jurídicos pertinentes establecidos en el derecho internacional. La finalidad de estos recuadros es orientar a los redactores de legislación contra la discriminación sobre lo que debe incluir la ley en el ámbito en cuestión. El texto de los recuadros con el resumen se recopila en el resumen ejecutivo, que se ha diseñado para servir como guía independiente sobre el contenido indispensable de una ley general contra la discriminación.

Los resúmenes de las secciones figuran en recuadros como este.

Como el objetivo de los redactores es que la guía sea, ante todo, práctica, las secciones incluyen recuadros ilustrativos con ejemplos y casos prácticos, cuestiones específicas o complejas del derecho internacional, junto con los resúmenes de cada sección antes mencionados. Para mayor comodidad, se han clasificado por colores de la siguiente manera:

En los recuadros de color verde se ofrecen ejemplos de la práctica nacional, principalmente en forma de disposiciones de leyes nacionales contra la discriminación. Estos ejemplos se ofrecen con el objetivo de facilitar a las personas que participan en la elaboración de leyes contra la discriminación disposiciones sobre buenas prácticas que puedan aprobarse o adaptarse.

En los recuadros de color arena se ofrecen ejemplos regionales o internacionales de prácticas, leyes, jurisprudencia u observaciones.

En los recuadros de color rojo se examinan cuestiones específicas de la legislación contra la discriminación. Estos recuadros se incluyen cuando es importante examinar una cuestión determinada para ofrecer una visión completa de la legislación en ese ámbito, pero el asunto en cuestión no requiere una codificación específica o adicional en la legislación general contra la discriminación. Por ejemplo, el papel de la intencionalidad en la legislación sobre la discriminación, las cuestiones relativas a la discriminación contra los no ciudadanos y el debate sobre los elementos de comparación se incluyen en un recuadro de texto de color rojo.

PRIMERA **PARTE:**

OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE PROMULGAR UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Los principios de igualdad y no discriminación son elementos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos.

A medida que se ha ampliado la comprensión de estos derechos, a través de la labor de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, se ha reconocido que la protección efectiva contra la discriminación requiere la aprobación de una ley general contra la discriminación. En el umbral del milenio, solo algunos Estados de todo el mundo habían adoptado este tipo de legislación. Durante los dos últimos decenios se han producido avances significativos en este sentido, ya que un número cada vez mayor de Estados —de distintas regiones del mundo y de diferentes tradiciones jurídicas— han reconocido las ventajas de adoptar un enfoque holístico e integral para hacer frente a la desigualdad y han tratado de cumplir sus obligaciones dimanantes del derecho internacional. En el presente capítulo, los redactores exponen esta evolución.

I. CONSENSO SOBRE LA NECESIDAD DE APROBAR UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

A. El marco del derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la no discriminación —junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley— es "un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos"[18] y un "componente fundamental" del derecho internacional de los derechos humanos que da lugar a obligaciones "inmediatas y de alcance general"[19]. El derecho tiene una doble condición: las personas tienen tanto el derecho a no experimentar discriminación en el disfrute de todos los demás derechos humanos, como un derecho "autónomo" a la no discriminación en ámbitos regulados por la ley pero que no son objeto de otro derecho humano.

Los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han aceptado la obligación de respetar y garantizar los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales previstos en estos tratados sin discriminación alguna[20]. Estas disposiciones se complementan con el artículo 3 de cada Pacto, que garantiza a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos. Además de estas garantías, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". El artículo 26 de dicho Pacto establece también que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley". El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que este artículo establece un "derecho autónomo" que "prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas"[21].

Además de los Pactos, se han aprobado instrumentos específicos con el objetivo de eliminar la discriminación por determinados motivos. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tienen como fundamento la eliminación de la discriminación. Todos estos instrumentos definen la discriminación, establecen las obligaciones legislativas, políticas y prácticas del Estado para el ejercicio del derecho a la no discriminación y delimitan las obligaciones de no discriminación en diferentes ámbitos de la vida.

---

18 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 1.

19 Véase, en particular, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 2 y 7.

20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 1; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2.

21 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 12.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se basan en la premisa de la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, y todas las reconocen como derechos específicos[22]. De hecho, puede considerarse que estas convenciones desarrollan el significado de los requisitos jurídicos específicos para garantizar igual reconocimiento y protección a las personas y los grupos en cuestión y las personas pertenecientes a estos grupos[23]. También se reconoce cada vez más el derecho a la igualdad de capacidad jurídica, como componente inherente de las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar la igualdad ante la ley o la igual protección de la ley. A este respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que "con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho"[24].

Más allá de estos tratados, las garantías de igualdad y no discriminación pueden encontrarse en diversos instrumentos internacionales. La Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes "respetarán … y asegurarán" los derechos enunciados en la Convención "sin distinción alguna"[25] y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares establece una obligación similar[26]. La Asamblea General ha abierto el debate acerca de un posible instrumento específico de derechos humanos sobre los derechos de las personas de edad[27], que está previsto que incluya un compromiso igualmente firme de no discriminación.

Los Estados también han aceptado obligaciones de no discriminación en ámbitos concretos de la vida, como el empleo y la educación, y respecto de grupos particulares, como los Pueblos Indígenas, mediante la ratificación de convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[28] y de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza[29].

B. Obligaciones de respetar, proteger y dar efectividad

Al ratificar los instrumentos de derechos humanos, los Estados asumen la obligación inmediata de adoptar todas las medidas —administrativas, legislativas y judiciales— necesarias para hacer efectivos los derechos que establecen y cumplirlos. La ratificación de un tratado impone al Estado tres obligaciones distintas, pero interrelacionadas: respetar, proteger y hacer efectivos los derechos que en él se reconocen[30]. La comprensión

---

22 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 15; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12.

23 Sin embargo, la existencia de un instrumento jurídico internacional específico de este tipo no es en absoluto una condición para que el Estado adopte medidas que garanticen la igualdad de reconocimiento y protección para todos, que es una obligación inmediata, derivada directamente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

24 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 1 (2014), párr. 5.

25 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, párr. 1.

26 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, art. 1, párr. 1.

27 Puede obtenerse información sobre el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento en https://social.un.org/ageing-working-group.

28 Véanse, en particular, el Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100) ; el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111); y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169). En 2019, se aprobó el Convenio sobre la Violencia y el Acoso, 2019 (núm. 190). En el momento de redactar este informe, el Convenio ha sido ratificado por diez Estados. Entró en vigor en junio de 2021.

29 Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada en 1960.

30 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017), párr. 10; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 9; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Statement on the coronavirus (COVID-19) pandemic and its implications under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (2020), pág. 2; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 30. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que las obligaciones de los Estados en virtud del artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos abarcan la obligación negativa de abstenerse de discriminar y la obligación positiva de adoptar medidas de protección. En su observación general núm. 18 (1989), el Comité deja claro que la efectividad de los derechos a la igualdad y a la no discriminación exige la adopción de disposiciones positivas. Véase, respectivamente, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párrs. 6 y 8; y observación general núm. 18 (1989), párr. 10.

del marco relativo a "respetar, proteger y dar efectividad" se ha logrado en particular a través de la labor de los órganos de tratados que lo han aplicado, entre otras cosas, con respecto al derecho a la no discriminación[31].

Como ha señalado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la obligación de respetar es una obligación negativa, que exige que los Estados se abstengan de discriminar en la ley, en las políticas o en la práctica[32]. Puede considerarse que conlleva dos componentes principales. En primer lugar, los Estados se comprometen a abstenerse de realizar actos discriminatorios o de adoptar, aplicar o llevar adelante políticas que sean discriminatorias por su propósito o efecto[33]. En segundo lugar, los Estados se comprometen a "enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia generar discriminación racial o perpetuarla"[34].

La obligación de proteger es una obligación de protección contra la discriminación por todas las demás entidades, incluidos los actores privados. Requiere la adopción de medidas jurídicas y políticas específicas, incluida legislación. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una obligación explícita de aprobar legislación contra la discriminación, ya que establece que "la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación". En términos más generales, en virtud del artículo 2, párrafo 2, del mismo tratado, los Estados se comprometen a "adoptar… las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto", incluido el derecho a la no discriminación, mientras que el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales crea una obligación paralela. El artículo 2, párrafo 1 d) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 2 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 4, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establecen obligaciones similares. Como se analiza más adelante, las interpretaciones de estos y otros instrumentos de derechos humanos desde al menos el año 2000 han aclarado que la obligación de proteger conlleva la aprobación de una legislación contra la discriminación de carácter general[35].

La obligación de dar efectividad requiere que los Estados eliminen la discriminación en la práctica y garanticen el disfrute efectivo de los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Como ha afirmado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Además de abstenerse de discriminar, los Estados partes deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación..."[36]. Este Comité y otros órganos de tratados han establecido diversas medidas que los Estados deben aplicar para cumplir sus obligaciones de hacer efectivo el derecho a la no discriminación, entre ellas, la formulación y aplicación de políticas, planes y estrategias; la recopilación y el análisis de datos; la información pública; la educación pública, la capacitación y la sensibilización; y el establecimiento de

---

31 Véase, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 30; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 9.

32 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 9. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párrs. 6 y 8.

33 Véase, por ejemplo, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2, párr. 1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2 d); y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1 b).

34 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2, párr. 1 c). Véanse también la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1 b); y la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, art. 4, párr. 2.

35 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 37; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 22; CCPR/C/KOR/CO/4, párrs. 12 y 13; CERD/C/KGZ/CO/8-10, párr. 11; CEDAW/C/KAZ/CO/5, párr. 12 a); CRC/C/COD/CO/3-5, párr. 15; CMW/C/LBY/CO/1, párr. 29 a); Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, art. 7; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II.170, Doc. 184) (2018), párr. 94; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolution 1844 (2011) on the Declaration of Principles on Equality and activities of the Council of Europe; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Concluding observations and recommendations on the 8th to 11th periodic report of the Republic of Kenya" (2016), párr. 55.

36 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 36.

instituciones[37]. En particular, esta obligación da lugar a la obligación de adoptar medidas de acción positiva —también denominadas medidas de acción afirmativa o medidas especiales de carácter temporal— diseñadas para abordar las desventajas históricas y garantizar que todas las personas puedan participar en igualdad de condiciones[38]. El derecho internacional también impone a los Estados la obligación de lograr la igualdad combatiendo los prejuicios, los estereotipos y otros factores que fomentan la discriminación[39].

C. Los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas y su interpretación

Durante los dos últimos decenios se ha llegado a un consenso internacional en el sentido de que, para cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la no discriminación, los Estados deben aprobar legislación general que sea específica contra la discriminación. Esto se refleja en la interpretación autorizada de los instrumentos de derechos humanos por mecanismos tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el requisito explícito de que los Estados legislen para prohibir la discriminación. En su observación general núm.18 (1989), relativa a la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos aportó importantes aclaraciones sobre la interpretación del derecho, aunque no desarrolló plenamente la naturaleza o el alcance de las obligaciones de los Estados. Desde entonces, el Comité ha sostenido en repetidas ocasiones que es necesario aprobar legislación general contra la discriminación a fin de hacer efectivo el derecho a la no discriminación: desde 2010, el Comité ha formulado 47 recomendaciones explícitas a 45 Estados de todas las regiones del mundo para que aprueben leyes generales contra la discriminación, a saber, 15 recomendaciones a Estados de África[40], 7 recomendaciones a Estados de América[41], 18 recomendaciones a Estados de Asia[42], 6 recomendaciones a Estados de Europa[43], y 1 recomendación a Australia[44].

En 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicó su observación general núm. 20 (2009) relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, en la que el Comité subrayaba que: "La aprobación de leyes para combatir la discriminación es indispensable para dar cumplimiento al artículo 2.2" [prohibición de la discriminación][45]. En la misma observación general, el Comité expuso el carácter general del derecho a la no discriminación, y estableció, entre otras cosas, que el cumplimiento del artículo 2, párrafo 2, requería que los Estados ofrecieran protección contra la discriminación directa e indirecta y el acoso sobre la base de una lista amplia y abierta de características[46]. Desde entonces, el Comité ha formulado diversas recomendaciones pertinentes a los Estados para que aprueben una ley general contra

---

37 *Ibid*., párrs 36, 38, 39 y 41.

38 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 9.

39 Véase, en particular, el capítulo I de la sexta parte de la presente guía.

40 CCPR/C/DZA/CO/4, párrs. 19 y 20; CCPR/C/AGO/CO/2, párr. 14; CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1, párrs. 9 y 10; CCPR/C/CMR/CO/5, párr. 14; CCPR/C/CAF/CO/3, párrs. 11 y 12; CCPR/C/COD/CO/4, párrs. 13 y 14; CCPR/C/GNQ/CO/1, párr. 25; CCPR/C/GMB/CO/2, párrs. 11 y 12; CCPR/C/LBR/CO/1, párrs. 16 y 17; CCPR/C/MDG/CO/4, párrs. 15 y 16; CCPR/C/NER/CO/2, párr. 19; CCPR/C/NGA/CO/2, párrs. 16 y 17; CCPR/C/SEN/CO/5, párr. 11; CCPR/C/SDN/CO/4, párr. 11; y CCPR/C/SDN/CO/5, párrs. 14 a 16.

41 CCPR/C/BLZ/CO/1/Add.1, párrs. 11 a 13; CCPR/C/DMA/COAR/1, párrs. 15 a 17 y 48; CCPR/C/SLV/CO/7, párrs. 9 y 10; CCPR/C/JAM/CO/4, párrs. 15 y 16; CCPR/C/PRY/CO/3, párr. 9; CCPR/C/PRY/CO/4, párrs. 14 y 15; y CCPR/C/VEN/CO/4, párr. 8.

42 CCPR/C/BHR/CO/1, párrs. 15 y 16; CCPR/C/BGD/CO/1, párr. 12; CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, párr. 19; CCPR/C/IRQ/CO/5, párrs. 11 y 12; CCPR/C/JPN/CO/6, párr. 11; CCPR/C/JOR/CO/5, párrs. 8 y 9; CCPR/C/KGZ/CO/2, párr. 8; CCPR/C/LAO/CO/1, párrs. 15 y 16; CCPR/C/LBN/CO/3, párrs. 11 y 12; CCPR/C/MNG/CO/6, párrs. 9 y 10; CCPR/C/PAK/CO/1, párr. 12; CCPR/C/PHL/CO/4, párr. 10; CCPR/C/KOR/CO/4, párrs. 12 y 13; CCPR/C/TJK/CO/3, párrs. 13 y 14; CCPR/C/TUR/CO/1, párr. 8; CCPR/C/TKM/CO/2, párrs. 6 y 7; CCPR/C/UZB/CO/5, párrs. 8 y 9; y CCPR/C/VNM/CO/3, párr. 14.

43 CCPR/C/BLR/CO/5, párrs. 15 y 16; CCPR/C/CZE/CO/4, párr. 10; CCPR/C/ISL/CO/5, párr. 6; CCPR/C/ITA/CO/6, párrs. 8 y 9; CCPR/C/SMR/CO/3, párrs. 8 y 9; y CCPR/C/CHE/CO/4, párrs. 16 y 17.

44 CCPR/C/AUS/CO/6, párrs. 17 y 18.

45 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 37.

46 *Ibid*., párrs. 7, 10 y 18 a 35.

la discriminación, de conformidad con sus obligaciones de no discriminación dimanantes del del artículo 2, párrafo 2, del Pacto[47].

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contienen disposiciones explícitas que exigen a los Estados que aprueben legislación que prohíba la discriminación por los motivos sobre los que versan esos instrumentos[48]. Durante los últimos años, todos los órganos de tratados competentes han aclarado que para eliminar "todas las formas de discriminación" de conformidad con las Convenciones es necesario prohibir la discriminación interseccional[49]. Por tanto, se entiende claramente que la obligación de promulgar legislación contra la discriminación que imponen estos instrumentos exige la aprobación de una ley general contra la discriminación, y los órganos de tratados han formulado recomendaciones pertinentes en este sentido[50].

Desde 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha dirigido recomendaciones al menos a 12 Estados para que aprueben leyes generales contra la discriminación, a saber, Belice, la Federación de Rusia, Islandia, el Irak, Israel, Kazajstán, Kirguistán, Letonia, el Pakistán, Vietnam, Zambia y el Estado de Palestina[51]. Por ejemplo, en 2018, el Comité recomendó a Kirguistán: "que apruebe legislación general contra la discriminación en la que... se defina la discriminación directa e indirecta, se incluyan todos los motivos de discriminación y se prohíban todas las formas de discriminación racial"[52].

En su recomendación general núm. 28 (2011), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que el artículo 2 de la Convención establecía la obligación de "aprobar leyes que prohíban la discriminación en todos los ámbitos de la vida de la mujer, de conformidad con lo dispuesto en la Convención", aclarando que esas leyes debían prohibir tanto la discriminación directa como la indirecta, aplicarse tanto a los actores públicos como a los privados, prever un recurso efectivo y —algo fundamental— "reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación"[53].

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también ha publicado orientaciones sobre los derechos a la igualdad y la no discriminación. Reflejando la posición establecida anteriormente por los órganos de tratados, en su observación general núm. 6 (2018), el Comité afirmó con claridad que la Convención establecía "la obligación de promulgar legislación específica y completa contra la discriminación"[54]. El Comité pasó a detallar el alcance personal y material de esa legislación, las formas de conducta prohibidas y las medidas necesarias para dar efectividad y aplicación a los derechos[55]. El Comité considera que esta obligación es un medio necesario para desarrollar el modelo inclusivo de igualdad, que formula de la siguiente manera:

---

47 Para consultar ejemplos recientes, véase E/C.12/GIN/CO/1, párr. 19 a); E/C.12/DNK/CO/6, párr. 22; E/C.12/ISR/CO/4, párr. 19; y E/C.12/KAZ/CO/2, párr. 11 a).

48 El artículo 2 d) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que cada Estado parte "prohibirá y hará cesar, por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones". El artículo 2 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer insta a los Estados a: "Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio". El artículo 4, párrafo 1 a), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados: "Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención".

49 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 7; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 18; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 19 y 21 y 22.

50 Véase, por ejemplo, CERD/C/KGZ/CO/8-10, párr. 11; CEDAW/C/KAZ/CO/5, párr. 12 a); y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 22.

51 CERD/C/BLZ/CO/1, párr. 7; CERD/C/ISL/CO/19-20, párr. 12; CERD/C/IRQ/CO/22-25, párr. 10; CERD/C/ISR/CO/17-19, párr. 12; CERD/C/KAZ/CO/6-7, párr. 6; CERD/C/KGZ/CO/8-10, párr. 11; CERD/C/LVA/CO/6-12, párrs. 12 y 13; CERD/C/PAK/CO/21-23, párrs. 9 y 10; CERD/C/RUS/CO/20-22, párr. 7; CERD/C/RUS/CO/23-24, párr. 9; CERD/C/VNM/CO/10-14, párr. 7; CERD/C/ZMB/CO/17-19, párrs. 11 d) y 12 b); CERD/C/PSE/CO/1-2, párr. 12 a).

52 CERD/C/KGZ/CO/8-10, párr. 11.

53 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párrs. 31 y 18. Véanse también los párrs. 9 y 10, 13, 16 y 17, 32 y 34 a 36.

54 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 22.

55 *Ibid*., párrs. 12 a 73.

> **La igualdad inclusiva es un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención. Abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes: a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva[56].**

En otros ámbitos del derecho internacional, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha recomendado en reiteradas ocasiones que se promulgue legislación general contra la discriminación[57]. Según la Comisión, esa legislación puede ser necesaria para afrontar los persistentes patrones de discriminación en el empleo, incluso en aquellos Estados en los que ya se han adoptado garantías constitucionales de igualdad o disposiciones contra la discriminación en la legislación laboral general[58].

II. ÓRGANOS BASADOS EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS Y OTROS PROCESOS INTERNACIONALES

El consenso sobre la necesidad de aprobar legislación general contra la discriminación también es visible fuera de los procesos basados en tratados. Los titulares de mandatos de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han venido pidiendo con creciente frecuencia que se aprueben leyes generales contra la discriminación para mejorar la protección de las personas y los grupos que corren el riesgo de experimentarla. A través del mecanismo del examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos, Estados de todas las regiones del mundo han formulado[59], recibido[60] y aceptado[61] recomendaciones para la aprobación de legislación general contra la discriminación. Al mismo tiempo, se han comprendido con mayor claridad los vínculos existentes entre la legislación contra la discriminación y la consecución de objetivos sociales conexos —como el desarrollo sostenible— y los Estados han demostrado su adhesión a la protección legislativa para los derechos a la no discriminación y a la igualdad mediante otros procesos internacionales.

A. Titulares de mandatos de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas

Desde 2010, diversos titulares de mandatos de procedimientos especiales han formulado recomendaciones a los Estados sobre la aprobación de leyes generales contra la discriminación, como parte de sus informes temáticos[62] y visitas a países[63]. Por ejemplo, tras una visita realizada en 2013 a Panamá, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes pidió al país que "promulgue legislación integral contra la discriminación que prohíba la discriminación por todo tipo de motivos". Esa legislación, según el Grupo de Trabajo, "debería

---

[56] *Ibid*., párr. 11.

[57] OIT, "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", Informe III (Parte 1A) (Ginebra, 2009), párr. 109. Disponible en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf.

[58] *Ibid*.

[59] Véanse, por ejemplo, las recomendaciones de Australia, Bangladesh, Dinamarca, Ghana y Honduras (más abajo).

[60] Véanse, por ejemplo, Angola (A/HRC/43/11, párr. 146.64); República Dominicana (A/HRC/41/16, párr. 94.54); Fiji (A/HRC/43/8, párr. 140.25); Japón (A/HRC/37/15, párr. 161.65); y España (A/HRC/44/7, párr. 150.25).

[61] Véanse, por ejemplo, los informes del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal y las adiciones correspondientes relativas a los exámenes del tercer ciclo de Costa Rica (A/HRC/42/12, párrs. 111.12 y 111.20, y A/HRC/42/12/Add.1, párr. 10), Gabón (A/HRC/37/6, párr. 118.62), la República de Corea (A/HRC/37/11/Add.1, párr. 15) y Suecia (A/HRC/44/12, párr. 156.91 y A/HRC/44/12/Add.1, párr. 4).

[62] A/68/293, párr. 76; A/HRC/36/43, párr. 61 e); A/HRC/42/38, párrs. 147 y 148; y A/75/385, párr. 80 d).

[63] Véanse, por ejemplo, A/HRC/19/56/Add.1, párr. 90; A/HRC/24/52/Add.2, párr. 105 a); A/HRC/37/56/Add.2, párr. 46; A/HRC/38/43/Add.1, párrs. 63 y 78 d); A/HRC/41/42/Add.2, párr. 78 b); A/HRC/42/38/Add.1, párr. 73; A/HRC/41/34/Add.1, párr. 100 k); y A/HRC/40/61/Add.2, párr. 105 a).

prever mecanismos de aplicación eficaces y la disponibilidad de recursos"[64]. Más recientemente, en 2020, la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias pidió a todos los Estados "adoptar leyes generales para prohibir la discriminación directa e indirecta, el acoso y la negativa a facilitar ajustes razonables"[65]. Esa legislación debía prohibir la discriminación "por razón de religión y otros motivos reconocidos en el derecho internacional y en todos los ámbitos de la vida regulados por ley"[66].

B. Examen periódico universal

En los últimos años, un número cada vez mayor de Estados ha formulado y recibido recomendaciones para aprobar, modificar o aplicar leyes generales contra la discriminación a través de sus interacciones entre pares. Durante el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, en el tercer ciclo del examen periódico universal, formularon recomendaciones específicas para la aprobación de una ley general contra la discriminación 46 Estados de África Oriental, Meridional y Occidental; América del Norte, América del Sur y Centroamérica y el Caribe; Asia Meridional y Occidental; Europa; así como Australia y Nueva Zelandia[67]. Estas recomendaciones fueron aceptadas por Estados de diversos contextos jurídicos, sociales y geográficos, desde el Gabón[68] hasta la República de Corea[69].

C. Otros procesos internacionales

Más allá de las principales convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas, desde el cambio de milenio los Estados han expresado su creciente interés por la necesidad de promulgar leyes generales contra la discriminación a través de otros compromisos internacionales.

La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en 2001, prestó gran atención a la necesidad de afrontar la discriminación interseccional. La Declaración de Durban señaló que las víctimas del racismo y la discriminación racial podían "sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición"[70]. La Conferencia de Examen de Durban, que se reunió en 2009, expresó su preocupación por "el aumento de los casos de formas múltiples o agravadas de discriminación" antes de instar a los Estados "a que adopten o refuercen... medidas encaminadas a erradicar las formas múltiples... de discriminación, en particular mediante la promulgación de disposiciones legislativas... o el mejoramiento de las disposiciones vigentes, a fin de luchar contra esos fenómenos"[71].

Los Estados también han reconocido la importancia de los derechos a la igualdad y a la no discriminación para contribuir al logro del desarrollo sostenible. El compromiso de "no dejar a nadie atrás" de la Agenda 2030

---

64 A/HRC/24/52/Add.2, párr. 105 a).

65 A/75/385, párr. 80 d).

66 *Ibid.*

67 Afganistán (A/HRC/42/12, párr. 111.12), Albania (A/HRC/37/11, párr. 132.32), Alemania (A/HRC/37/15, párr. 161.63), Australia (A/HRC/44/4, párr. 140.48), Bangladesh (A/HRC/37/11, párr. 132.28), Barbados (A/HRC/44/12, párr. 156.91), Bélgica (A/HRC/43/6, párr. 127.48), Botswana (A/HRC/37/11, párr. 132.37), Brasil (A/HRC/43/6, párr. 127.51), Canadá (A/HRC/44/9, párr. 144.26), Chequia (A/HRC/44/10, párr. 153.59), Chile (A/HRC/43/10, párr. 139.47), Colombia (A/HRC/37/11, párr. 132.36), Côte d'Ivoire (A/HRC/37/13, párr. 152.83), Dinamarca (A/HRC/44/4, párr. 140.209), Eslovaquia (A/HRC/44/10, párr. 153.54), Eslovenia (A/HRC/43/8, párr. 140.25), España (A/HRC/37/11, párr. 132.29), Estados Unidos de América (A/HRC/38/9, párr. 105.122), Francia (A/HRC/37/11, párr. 132.44), Georgia (A/HRC/37/11, párr. 132.31), Ghana (A/HRC/43/11, párr. 146.64), Haití (A/HRC/37/15, párr. 161.64), Honduras (A/HRC/43/10, párr. 139.53), Islandia (A/HRC/43/13, párr. 123.4), India (A/HRC/37/12, párr. 148.34), Iraq (A/HRC/37/15, párr. 161.66), Irlanda (A/HRC/41/15, párr. 139.36), Italia (A/HRC/37/11, párr. 132.62), Kenya (A/HRC/37/15, párr. 161.67), Madagascar (A/HRC/40/13 y Corr.1, párr. 78.23), México (A/HRC/44/10, párr. 153.52), Montenegro (A/HRC/39/3, párr. 115.2), Nueva Zelandia (A/HRC/44/8, párr. 111.29), Nicaragua (A/HRC/37/11, párr. 132.33), Noruega (A/HRC/44/9, párr. 144.25), Países Bajos (A/HRC/37/15, párr. 161.59), Portugal (A/HRC/43/8, párr. 140.23), Senegal (A/HRC/38/16, párr. 108.32), Sierra Leona (A/HRC/37/12, párr. 148.32), Suecia (A/HRC/44/14, párr. 45.74), Turquía (A/HRC/37/11, párr. 132.34), Ucrania (A/HRC/38/16, párr. 108.31), Uruguay (A/HRC/44/10, párr. 153.57), Venezuela (República Bolivariana de) (A/HRC/37/12, párr. 148.31) y Estado de Palestina (A/HRC/37/11, párr. 132.35).

68 A/HRC/37/6, párr. 118.62.

69 A/HRC/37/11, párrs. 132.27 a 132.29, 132.34, 132.35, 132.37 a 132.40, 132.42, 132.64 y 132.65; y A/HRC/37/11/Add.1, párrs. 15 y 16.

70 Declaración de Durban, párr. 2.

71 Documento final de la Conferencia de Examen de Durban, párr. 85.

—acompañado tanto de un objetivo específico sobre la reducción de la desigualdad como de metas que exigen la igualdad en muchos otros ámbitos del desarrollo— refleja un reconocimiento de la función y la importancia de la igualdad y la no discriminación en cualquier concepción del desarrollo sostenible[72]. En particular, la meta 10.3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible exhorta explícitamente a los Estados a "garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso... promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto"[73]. Esta meta convierte la aprobación de leyes generales sobre la igualdad en una necesidad funcional en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: bien entendido, el requisito de aprobar "legislaciones adecuadas" para "garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados" requiere la aprobación de una ley general sobre la igualdad[74], que incluya medidas de acción positiva. Además, las metas de los Objetivos 5 y 16 exigen explícitamente la aprobación de leyes contra la discriminación[75]. En las directrices sobre la cuestión formuladas por el Relator Especial sobre el derecho al desarrollo en 2019, se reconoció que era necesario aprobar una ley general contra la discriminación "a fin de lograr varios Objetivos de Desarrollo Sostenible y las correspondientes metas"[76].

III. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN REGIONAL Y NACIONAL

En el ámbito regional, el valor de una ley general contra la discriminación ha sido reconocido por los organismos normativos supranacionales, incluidos los que tienen facultades de decisión. Los órganos regionales de derechos humanos de África, las Américas y Europa han llegado todos a la conclusión de que los Estados partes en los instrumentos de derechos humanos de esas regiones tienen la obligación de promulgar leyes generales contra la discriminación. A nivel nacional se han aprobado leyes contra la discriminación que —si bien en algunos casos son imperfectas— tratan claramente de proporcionar niveles generales de protección, demostrando así un claro consenso entre los Estados sobre la necesidad de contar con legislación general contra la discriminación. En todos los continentes se están emprendiendo nuevas iniciativas de reforma legislativa, ya que la tendencia hacia la aprobación de leyes generales contra la discriminación se ha convertido en un verdadero movimiento mundial.

A. África

El artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece lo siguiente: "Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otra condición". El artículo 1 de la Carta estipula que los Estados "reconocerán los derechos, obligaciones y libertades consagrados en la Carta y... adoptar medidas legislativas o de otra índole para hacerlos efectivos". La prohibición de la discriminación que se consagra en el artículo 2 se retoma en el preámbulo del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África. En virtud del artículo 2 del Protocolo, los Estados deben adoptar todas las "medidas legislativas, institucionales y de otra índole apropiadas" para combatir la discriminación contra la mujer.

En 2010, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos aprobó sus Principios y Directrices sobre la Aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que subrayan las obligaciones de los Estados de reconocer y adoptar medidas para

---

72 En particular, la consecución de los Objetivos 10 y 16. Como ya se ha comentado, la ley de igualdad ofrece un medio para acelerar el progreso hacia la consecución de los Objetivos 1, 2, 3 y 4, al proporcionar un marco legal para superar las barreras discriminatorias al desarrollo. Véase Equal Rights Trust, "No one left behind: an equal rights approach to sustainable development", comunicación al Relator Especial sobre el derecho al desarrollo relativa a las buenas prácticas con respecto a la aplicación práctica del derecho al desarrollo (Londres, 2018).

73 Meta 10.3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

74 A/HRC/42/38, párrs. 147 y 148.

75 En concreto, la meta 5.c exige a los Estados "aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género", mientras que la meta 16.b les exige "promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias".

76 A/HRC/42/38, párrs. 147 y 148.

combatir la discriminación interseccional basada en una combinación (aunque no exclusiva) de los siguientes motivos: sexo/género, raza, etnia, idioma, religión, opinión política y de otra índole, sexualidad, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento, edad, discapacidad, estado civil, condición de refugiado, migrante y/u otra condición[77]. De conformidad con estas orientaciones, la Comisión ha recomendado a los Estados que aprueben leyes generales sobre igualdad y no discriminación[78]. Teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión, varios Estados de África están examinando sus marcos legislativos sobre la igualdad[79]. En algunos países, como Kenya, se ha considerado la posibilidad de aprobar una ley general contra la discriminación como parte de estos procesos[80].

SUDÁFRICA: LEY DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INJUSTA

En 2000, Sudáfrica aprobó la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta. La Ley representa uno de los primeros intentos de promulgar legislación general contra la discriminación, y ha sentado las bases de diferentes leyes, conceptos de discriminación y buenas prácticas que se han de seguir.

El artículo 1 de la Ley contiene definiciones. En ese texto la igualdad se define como el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, incluida la igualdad *de iure* y *de facto* y también la igualdad de resultados. La discriminación se define como cualquier acción u omisión, incluidas políticas, leyes, normas, prácticas, condiciones o situaciones que de forma directa o indirecta: a) imponga cargas, obligaciones o desventajas; o b) deniegue beneficios, oportunidades o ventajas a una persona por uno o varios de los motivos prohibidos.

Los motivos de discriminación prohibidos se enumeran en el artículo 1 de la Ley e incluyen (explícitamente) la raza, el género, el sexo, el embarazo, el estado civil, el origen étnico o social, el color, la orientación sexual, la edad, la discapacidad, la religión, la conciencia, las creencias, la cultura, el idioma, el nacimiento y el estado serológico con respeto al VIH/sida. Además, como se indica en otra parte de la presente guía, la ley establece una prueba para detectar nuevos motivos de discriminación[81].

El artículo 5 de la Ley deja claro que sus disposiciones vinculan al Estado y a todas las personas, aunque la discriminación en el contexto laboral se regula por separado en la Ley de Igualdad en el Empleo[82]. El artículo 6 de la Ley contiene una disposición sobre la prohibición general de la discriminación, que se establece sobre la base de todos los motivos expuestos anteriormente. Los artículos 7 a 9 de la Ley dan ejemplos concretos de la aplicación de esta prohibición por motivos de raza, sexo y discapacidad. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley aclara que la violencia de género entra en el ámbito de la prohibición de la discriminación por razón de género. De conformidad con el artículo 9, la discriminación por discapacidad incluye la contravención de las normas de accesibilidad establecidas.

Los artículos 10 a 12 de la Ley prohíben el discurso de odio, el acoso y la difusión y publicación de información injustamente discriminatoria, respectivamente. En 2019, el Tribunal Supremo de Apelación determinó que la definición de discurso de odio contenida en el artículo 10 era excesivamente amplia y, por tanto, inconstitucional[83]. El Tribunal dictó una orden en la que requería que el Parlamento modificara

---

77 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights, párr. 38.

78 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Concluding observations and recommendations on the 8th to 11th periodic report of the Republic of Kenya" (2016), párr. 55 ii).

79 Véase, por ejemplo, CCPR/C/KEN/4, párr. 170. Véase también el examen sobre Túnez, más adelante.

80 De hecho, en 2017, la delegación de Kenya ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer indicó que la legislación general contra la discriminación estaba siendo examinada por la Comisión de Reforma Legislativa de Kenya. Véase ACNUDH, "Committee on the Elimination of Discrimination against Women considers the report of Kenya", 2 de noviembre de 2017.

81 Véase un análisis más detallado sobre este punto en la sección I.A.1 a) de la segunda parte de la presente guía.

82 Ley de Igualdad en el Empleo de 1998 (Ley núm. 55).

83 Tribunal Supremo de Apelación, *Qwelane v. South African Human Rights Commission and Another* (686/2018) [2019] ZASCA 167; [2020] 1 All SA 325 (SCA); 2020 (2) SA 124 (SCA); y 2020 (3) BCLR 334 (SCA) (29 de noviembre de 2019).

la disposición pertinente en un plazo de 18 meses. Posteriormente, esta causa fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, que confirmó parcialmente la conclusión en su sentencia de 2021[84].

Las infracciones de la Ley pueden impugnarse presentando una causa ante un tribunal de igualdad, integrado por tribunales superiores y tribunales de primera instancia, de conformidad con el artículo 16 de la Ley. Las competencias de los tribunales de igualdad se establecen en el artículo 21 de la Ley e incluyen amplias facultades para dictar órdenes. El artículo 13 de la Ley establece normas específicas que regulan el desplazamiento de la carga de la prueba en los casos de discriminación, mientras que el artículo 20 establece normas generales de legitimación, que permiten, entre otras cosas, los litigios de interés público[85].

B. Las Américas

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de adoptar todas "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". El artículo 1, párrafo 1, de la Convención establece la obligación general de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella... 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." El artículo 24 establece el derecho a igual protección ante la ley y el derecho "sin discriminación, a igual protección de la ley". Tal y como han establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estos artículos, en su conjunto, conllevan obligaciones positivas *erga omnes* del Estado de adoptar todas las medidas necesarias (incluida la promulgación de legislación) para garantizar el ejercicio efectivo y en condiciones de igualdad de los derechos y libertades reconocidos en la Convención[86]. La Comisión ha señalado la clara obligación de "adoptar legislación contra la discriminación"[87], mencionando un creciente consenso en este ámbito[88]. 88 Para ser efectivas, esas medidas legislativas "deben ser integrales" y abarcar las discriminaciones "formales, sustanciales, *de iure* y *de facto*"[89].

La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia se aprobó en 2013 y entró en vigor en febrero de 2020. En virtud del artículo 7, "Los Estados Partes se comprometen a adoptar la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado". La Convención complementa y desarrolla una serie de instrumentos relativos a motivos específicos, que imponen obligaciones concretas (y complementarias) respecto de la aprobación de leyes y políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra las mujeres, las minorías étnicas y raciales, las personas con discapacidad y las personas de edad[90]. Cuando se redactó esta guía habían firmado la Convención 12 Estados de América del Norte, América Central y América del Sur[91]. De conformidad con sus obligaciones regionales y dimanantes

---

[84] En particular, el Tribunal consideró que el uso de la palabra "lesivo" en el artículo 10, párrafo 1 a), era excesivo y, por ello, incompatible con la Constitución. La aplicación de la declaración de inconstitucionalidad se suspendió durante dos años, a fin de que el Parlamento dispusiera de tiempo suficiente para modificar la parte pertinente del artículo. Véase *Qwelane v. South African Human Rights Commission and Another* (CCT 13/20) [2021] ZACC 22; 2021 (6) SA 579 (CC); 2022 (2) BCLR 129 (CC) (31 de julio de 2021).

[85] Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta, art. 20, párrafo 1 d).

[86] Véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 279; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, caso 12.923, informe núm. 75/15 (fondo), 28 de octubre de 2015, párr. 144; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 199.

[87] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, párr. 82. Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América* (OEA/Ser.L/V/II, Doc.36/15 Rev.2) (2015), pág. 270 (recomendaciones, párr. 25).

[88] Comisión *Interamericana de Derechos Humanos,* Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, párrs. 82 a 84.

[89] *Ibid*., párr. 94.

[90] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, art. 7; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, art. 7; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. 3, párr. 1; y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 4 y 5.

[91] Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, México, Panamá, Perú y Uruguay.

del derecho internacional, diversos Estados de las Américas han aprobado leyes contra la discriminación con el claro objetivo de ofrecer una protección amplia; y prohíben la discriminación con arreglo a una lista abierta de motivos en diversos ámbitos de la vida[92].

CHILE: LA LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

En 2012, el Congreso Nacional de Chile aprobó la Ley núm. 20.609 que establece medidas contra la discriminación. El Presidente de la Cámara de Diputados presentó por primera vez un proyecto de ley en 2005. La aprobación del proyecto de ley se aceleró en 2012 tras el asesinato discriminatorio de Daniel Zamudio, de 24 años, que fue agredido brutalmente y torturado por un grupo de presuntos neonazis en un parque de Santiago[93].

La Ley establece un mecanismo judicial que permite el restablecimiento efectivo del estado de derecho cuando se cometa un acto de discriminación arbitraria. El artículo 1 define el alcance material de la Ley, que obliga a todos los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias. El artículo 1 establece además la obligación positiva de los órganos del Estado de formular y aplicar políticas destinadas a garantizar a todas las personas el derecho a no ser discriminadas.

La discriminación se define en el artículo 2 como toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza con respecto al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes. El artículo 2 contiene una lista abierta de motivos para prohibir la discriminación por razón de la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la afiliación o participación sindical, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género y el estado civil, entre otras características.

El artículo 2 añade además que la diferenciación puede estar justificada por el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental con referencia a una serie de cláusulas constitucionales específicas.

C. Europa

El artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) prohíbe la discriminación con respecto a otros derechos reconocidos en el Convenio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que esto abarca la prohibición de tratar de manera diferente cosas similares y cosas diferentes de manera similar[94]. Esta disposición se complementa con el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio, que establece un derecho autónomo a la no discriminación. Hasta la fecha, 20 Estados han ratificado el Protocolo núm. 12. La ratificación del Convenio es un requisito previo para ser miembro del Consejo de Europa y, por lo tanto, los 46 Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por los requisitos del artículo 14[95]. Varios Estados también han ratificado la Carta Social Europea o la Carta revisada y, por lo tanto, también están vinculados por los requisitos de no discriminación de estos tratados[96].

La Unión Europea ha impuesto la obligación de armonizar la legislación nacional sobre igualdad con las directivas sobre igualdad de trato a todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como en las negociaciones de asociación y adhesión con los Estados que aspiran a estrechar sus relaciones con ella. En conjunto, las directivas ofrecen protección contra la discriminación a las personas por motivos de edad,

---

92 Véanse, a título ilustrativo, Estado Plurinacional de Bolivia, Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, 2010 (Ley núm. 45); y México, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2003.

93 Véase www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4516.

94 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Thlimmenos v. Greece*, demanda núm. 34369/97, sentencia de 6 de abril de 2000.

95 Además, en 2011, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la Resolution 1844 (2011) on the Declaration of Principles on Equality and activities of the Council of Europe, en la que exhortaba a los Estados miembros a que aprobaran legislación general contra la discriminación.

96 Carta Social Europea, tercer párrafo del preámbulo; y Carta Social Europea (revisada), parte V, art. E.

discapacidad, género, origen racial o étnico, religión o creencia y orientación sexual en el empleo, y también por motivos de origen racial o étnico en los ámbitos de la educación; protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; y el suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda[97]. Desde 2008, el Consejo Europeo tiene pendiente un proyecto de directiva horizontal[98]. Además de las directivas, el capítulo III de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea impone obligaciones complementarias a los Estados en aplicación del derecho de la Unión Europea, que pueden utilizarse para ampliar la lista de motivos de discriminación prohibidos[99] y el nivel de protección ofrecido en la práctica[100].

La Unión Europea ha contribuido a impulsar un proceso de reforma de la legislación sobre la igualdad en todo el continente, a medida que los Estados miembros y los Estados candidatos a la adhesión armonizaban su legislación con las directivas relativas a la igualdad de trato: en 2009, mediante la aprobación de la Ley contra la Discriminación, Chequia fue el último de los 27 Estados miembros de la Unión Europea que promulgó legislación para aplicar los requisitos de las directivas[101]. Además, entre 2008 y 2015, nueve Estados del continente —primero Croacia, luego Bosnia y Herzegovina, Serbia, Albania, Montenegro, Macedonia del Norte, Ucrania, la República de Moldova y, por último, Georgia— aprobaron leyes generales (o casi generales) contra la discriminación[102].

MACEDONIA DEL NORTE: LEY DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Uno de los textos legislativos más recientes en Europa sobre la igualdad es la Ley de Prevención y Protección contra la Discriminación promulgada en mayo de 2019 por Macedonia del Norte, que ha sustituido a la legislación anterior. El 14 de mayo de 2020, aproximadamente un año después de su entrada en vigor, la Ley fue bloqueada por el Tribunal Constitucional por razones de procedimiento, al haber sido aprobada sin la mayoría requerida en el artículo 75 de la Constitución. El 27 de octubre de 2020, la Ley fue aprobada de nuevo por el Parlamento y entró en vigor tres días después, tras su publicación en el *Boletín Oficial*[103].

El artículo 3 establece el alcance material de la Ley, que se aplica a todas las personas físicas y jurídicas, en una lista no exhaustiva de ámbitos de la vida. En virtud del artículo 3, párrafos 2 y 3, todas las autoridades del Estado, los órganos de autogobierno local, las personas jurídicas con poderes públicos y todas las demás personas jurídicas y físicas tienen la obligación de adoptar medidas o emprender acciones para la promoción y el fomento de la igualdad y la prevención de la discriminación. El artículo 3, párrafo 4, de la Ley detalla aún más las obligaciones de las entidades que participan en la recogida y el procesamiento de datos.

---

97 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; 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; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

98 Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Para más información, véase Red Europea de Organismos de Igualdad, "Advancing the EU legal framework for equality and its implementation", 9 de noviembre de 2020.

99 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 21, párr. 1.

100 Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Blanka Soukupová v. Ministerstvo zemědělství*, asunto C-401/11, de 11 de abril de 2013. Véase también Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la elaboración de normas y políticas de ámbito nacional: Directrices* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2020), págs. 29 y 30.

101 Equal Rights Trust, "Czech Republic becomes last EU State to adopt anti-discrimination law", 25 de junio de 2009.

102 Croacia, Ley contra la Discriminación, 2008; Bosnia y Herzegovina, Ley de Prohibición de la Discriminación, 2009; Serbia, Ley de Prohibición de la Discriminación, 2009; Albania, Ley núm. 10221 de Protección contra la Discriminación, 2010; Macedonia del Norte, Ley de Prevención y Protección contra la Discriminación, 2010 (sustituida en octubre de 2020); República de Moldova, Ley de Igualdad, 2012; Ucrania, Ley de Principios de Prevención y Lucha contra la Discriminación en Ucrania, 2012; Georgia, Ley sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, 2014; y Montenegro, Ley de Prohibición de la Discriminación, 2014

103 Véase también European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, "Flash report: North Macedonia", 1 de diciembre de 2020. Disponible en www.equalitylaw.eu/downloads/5306-north-macedonia-anti-discrimination-law-re-adopted-by-parliament-following-annulment-by-the-constitutional-court-89-kb.

El artículo 4 contiene un glosario de términos. En este texto, la igualdad se define como el principio en virtud del cual todas las personas tienen igualdad de derechos. También se definen la discriminación basada en la asociación y la percepción, y la discriminación múltiple e interseccional, junto con otra terminología esencial, como "ajustes razonables".

El artículo 5 establece el alcance personal de la Ley: prohíbe toda discriminación por razón de raza, color de piel, origen nacional o étnico, sexo, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia a un grupo marginado, idioma, nacionalidad, origen social, educación, religión o creencias religiosas, convicciones políticas, otras creencias, discapacidad, edad, situación familiar o estado civil, patrimonio, estado de salud, capacidad personal y condición social, o por cualquier otro motivo.

El artículo 6 define la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en cualquier motivo discriminatorio, por acción o por omisión, que tenga como objeto o resultado la prevención, la restricción, o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades de una persona o de un grupo en igualdad de condiciones con las demás. Esto incluye las formas de discriminación directa e indirecta, la incitación a la discriminación y las instrucciones de discriminar, el acoso (incluido el acoso sexual), la victimización y la segregación, que se definen, respectivamente, en los artículos 8 a 12 de la Ley. También incluye, en el artículo 6, la denegación de ajustes razonables y medidas de accesibilidad.

La acción positiva, adoptada con el único fin de eliminar la desigualdad en el disfrute de los derechos humanos y las libertades hasta conseguir la igualdad *de facto* de cualquier persona o grupo, no se considera discriminación siempre que se cumplan los requisitos del artículo 7. Esta disposición contiene una excepción al marco de no discriminación: puede permitirse un trato diferente basado en un motivo determinado cuando sea un requisito laboral genuino y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito no supere el nivel necesario para su realización (art. 7, párr. 3 2)).

El capítulo III de la Ley se refiere a la Comisión para la Protección contra la Discriminación, creada en virtud del artículo 14 como entidad jurídica y órgano autónomo e independiente. Los artículos 15 a 22 establecen el mandato institucional y los requisitos de la Comisión, como su presupuesto, su composición y las normas que regulan el nombramiento, la destitución y el cese de sus miembros. El capítulo IV de la Ley establece el procedimiento para presentar demandas ante la Comisión, incluidas las normas que regulan la carga de la prueba. Incluye detalles sobre las facultades de la Comisión para recabar datos e inspeccionar documentos e instalaciones.

El capítulo V de la Ley versa sobre la tutela judicial. En virtud del artículo 32, toda persona que haya sufrido discriminación tiene derecho a presentar una demanda ante el tribunal civil competente. Las acciones de protección contra la discriminación de interés público *(actio popularis)* están permitidas en virtud del artículo 35, mientras que el artículo 40 establece el derecho de terceros interesados a intervenir en causas ante los tribunales. El artículo 37 regula la carga de la prueba en los casos de discriminación, que se traslada al demandado cuando se ha establecido *prima facie* que se ha producido discriminación. El artículo 38 dispone que las normas que rigen la práctica de la prueba en los casos de discriminación deben estar de conformidad con el Código de Procedimiento Civil. Esta disposición permite explícitamente el uso de datos estadísticos y/o datos obtenidos mediante pruebas de situación. El artículo 39 exime a las personas que inicien una demanda por discriminación del pago de las tasas judiciales, que correrán a cargo del Estado.

Por último, el capítulo VI establece las sanciones por infracción de la Ley y el capítulo VII contiene disposiciones transitorias y finales.

D. Otros avances legislativos nacionales

Si bien en otras regiones del mundo los avances hacia la aprobación de una legislación general contra la discriminación han sido más limitados, existen claros indicios de que los Estados participan cada vez más en el creciente consenso internacional sobre la necesidad de disponer de esa legislación y lo impulsan.

En varias jurisdicciones se están llevando a cabo reformas de las leyes de igualdad. En 2018, por ejemplo, Túnez aprobó legislación que prohibía todas las formas de discriminación racial, y un grupo de diputados ha propuesto recientemente un proyecto de ley que prohíbe la discriminación por una gama más amplia de motivos[104]. En Bangladesh, la Comisión Nacional de Derechos Humanos[105] propuso un proyecto de ley sobre la eliminación de la discriminación, que actualmente se encuentra ante el Ministerio de Derecho, Justicia y Asuntos Parlamentarios para su examen[106]. En 2020, Hong Kong (China) aprobó la Disposición Legislativa sobre Discriminación (Enmiendas Diversas), que amplió el alcance de la protección contra la discriminación prevista en sus disposiciones sobre la igualdad (relativas a motivos específicos)[107]. En Australia, las conversaciones sobre la consolidación de los instrumentos federales de igualdad del Estado[108] en una ley única de igualdad han estado en curso al menos desde 2011[109], y la Comisión Australiana de Derechos Humanos ha dirigido recientemente los debates sobre una nueva reforma de la ley federal contra la discriminación[110]. En la Argentina, una coalición de organizaciones de la sociedad civil está trabajando para promover la aprobación de una ley nacional general contra la discriminación, tras obtener resultados satisfactorios al lograr la aprobación de una ley en Buenos Aires (Ley núm. 5261) en 2015.

En 2021, los órganos ejecutivos y legislativos de Filipinas[111] y Armenia[112] estaban estudiando activamente la aprobación de una ley general contra la discriminación, al tiempo que se elaboraban proyectos de ley, desarrollados y promovidos principalmente por la sociedad civil, en diversos países, entre ellos (aunque no exclusivamente) la India, Kirguistán, el Paraguay y la República Dominicana.

INDIA: PROYECTO DE LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y EN FAVOR DE LA IGUALDAD

En 2017, Shashi Tharoor, miembro del Parlamento y ex Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas, presentó en el Parlamento de la India un proyecto de ley general contra la discriminación, titulado "Proyecto de ley contra la discriminación y en favor de la igualdad, 2016", como proyecto de ley de un miembro privado[113]. El proyecto de ley, basado en iniciativas legislativas anteriores[114], fue la primera articulación tangible de una ley general contra la discriminación en la India. Aunque el proyecto de ley expiró, la sociedad civil sigue trabajando en este ámbito y queda espacio para futuros avances legislativos.

---

104 CCPR/C/TUN/CO/6, párrs. 15 y 16.

105 Muhammed Yeasin, "NHRC sends draft to govt", *Independent* (Dhaka), 21 de abril de 2018.

106 Solidarity Group for Bangladesh, "Human rights in Bangladesh: a mid-term assessment of implementation during the UPR 3rd cycle" (2020). Disponible en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/UPR/NGOsMidTermReports/JointsubmissionSolidarityGroup_Bangladesh.pdf.

107 Disposición legislativa sobre la discriminación por razones de sexo, de 1995; Disposición legislativa sobre la discriminación por razones de discapacidad, de 1995; Disposición legislativa sobre la discriminación por razones de situación familiar, de 1997; y Disposición legislativa sobre la discriminación por razones de discriminación racial, de 2008.

108 Ley contra la Discriminación Racial, de 1975. Ley contra la Discriminación Sexual, de 1984; Ley contra la Discriminación por Discapacidad, de 1992; y Ley contra la Discriminación por Edad, de 2004.

109 Véase, por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos de Australia, *Consolidation of Commonwealth Discrimination Law* (Sydney, 2011).

110 Comisión de Derechos Humanos de Australia, "Free and equal: an Australian conversation on human rights – discussion paper: priorities for federal discrimination law reform" (Sydney, 2019).

111 Véase, por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos, "Position paper on the Comprehensive Anti-Discrimination Bill at the House of Representatives, 18th Congress" (Quezon City, 2020). Disponible en http://chr.gov.ph/wp-content/uploads/2020/11/SIGNED-Position-Paper_CADB_House-copy.pdf.

112 CCPR/C/ARM/RQ/3, párrs. 9 y 10.

113 Anti-Discrimination and Equality Bill, 2016. Disponible en http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/2991.pdf.

114 Incluido un proyecto de ley sobre una comisión de igualdad de oportunidades, publicado en un informe de 2008 del Grupo de Expertos encargado de examinar y determinar la estructura y las funciones de una comisión de igualdad de oportunidades (Comité Menon), *Equal Opportunity Commission: What, Why and How?* (Nueva Delhi, 2008). Disponible en www.minorityaffairs.gov.in/WriteReadData/RTF1984/1658385481.pdf.

El proyecto de ley se divide en cinco capítulos. El capítulo II establece el ámbito personal de la ley, las formas de conducta prohibidas y las obligaciones positivas. El capítulo III prevé la creación de una comisión central de igualdad, así como su mandato, recursos y facultades. El capítulo IV contiene disposiciones relativas a la reparación de actos de discriminación, mientras que el capítulo V contiene disposiciones diversas que regulan, entre otras cosas, la carga de la prueba en casos de discriminación y la legitimación para presentar una demanda, que se hace extensiva a una "persona agraviada" (una persona que haya experimentado discriminación), a un familiar cercano (cuando la persona agraviada haya fallecido), a una organización que represente a personas agraviadas con su consentimiento previo o a cualquier persona agraviada cuando actúe en nombre de un grupo de tales personas[115].

El artículo 3 contiene una lista explícita de características protegidas, que incluye los motivos de casta, raza, etnia, ascendencia, sexo, identidad de género, embarazo, orientación sexual, religión y creencias, tribu, discapacidad, identidad lingüística, estado serológico respecto del VIH, nacionalidad, estado civil, preferencia alimentaria, tono de piel, lugar de residencia, lugar de nacimiento o edad. El proyecto de ley prohíbe además la discriminación por cualquier otra característica que:

a) Esté fuera del control efectivo de una persona, o constituya una elección fundamental, o ambas cosas; y

b) Defina al menos a un grupo que sufre o corre el riesgo de sufrir una desventaja generalizada y sustancial, en comparación con otros grupos definidos por la misma característica[116].

Además, se prohibiría la discriminación basada en una combinación de cualquiera de las características anteriores[117]. En virtud del artículo 4 se define el término "grupo protegido" para incluir a cualquier persona que sea (correcta o incorrectamente) percibida como miembro de ese grupo y a las personas que estén asociadas con los miembros de ese grupo y que tengan o no reconocimiento formal, cohesión social o una identidad cultural diferenciada.

Los artículos 6 a 12 definen formas de conducta prohibida, que incluyen la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso, el boicot, la segregación, la violencia discriminatoria y la victimización. Los artículos 14 a 16 establecen obligaciones en materia de no discriminación, diversificación y debida consideración; esta última exige a todas las autoridades públicas que, al formular una norma, reglamento, política o decisión estratégica, tengan debidamente en cuenta la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación para promover la igualdad y la diversidad. En virtud del artículo 33, el incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a la adopción de una orden, una declaración, un mandamiento judicial, una reparación o indemnización apropiadas por la Comisión Estatal de Igualdad para reparar el daño causado. Los recursos pueden incluir, entre otras cosas, órdenes de abstenerse de discriminar o de modificar la práctica discriminatoria; el pago de daños y perjuicios; disculpas públicas y garantías de no repetición; la adopción de medidas de diversificación; la capacitación sobre la diversidad; y medidas estructurales para evitar futuras violaciones de derechos.

IV. CONCLUSIÓN

Así, en todos los niveles —desde los órganos de tratados de las Naciones Unidas hasta los distintos órganos legislativos nacionales, y desde el examen periódico universal hasta los Objetivos de Desarrollo Sostenible— se entiende ahora que los Estados —para cumplir su obligación de eliminar todas las formas de discriminación— deben aprobar leyes generales contra la discriminación. En los capítulos siguientes de la presente guía se establece el contenido indispensable de esas leyes, para que estén en conformidad con el derecho internacional y ofrezcan una protección amplia y efectiva de los derechos humanos.

---

115 Anti-Discrimination and Equality Bill, 2016, secc. 37.

116 *Ibid*., secc. 3.

117 *Ibid*., secc. 3 iii).

SEGUNDA PARTE:

CONTENIDO DE UNA LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

I. DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

Esta parte de la presente guía está dedicada a los elementos sustantivos de una ley contra la discriminación y explica la forma en que la ley debe definir y garantizar los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

En primer lugar, se examina la definición y el alcance necesarios de una ley contra la discriminación. Para ajustarse al derecho internacional, las leyes generales contra la discriminación deben definir y prohibir todas las formas de discriminación que surjan sobre la base de todos los motivos reconocidos en el derecho internacional y en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley. En la sección A se examinan los requisitos del derecho internacional en cada uno de estos aspectos y se definen los elementos indispensables de la ley contra la discriminación con respecto al alcance personal, las formas de conducta prohibida y el alcance material, antes de pasar a considerar la forma en que la ley debe tratar la justificación de actos que, de otro modo, serían discriminatorios.

Los Estados no cumplen sus obligaciones jurídicas internacionales simplemente definiendo y prohibiendo la discriminación: también deben, entre otras cosas, adoptar medidas positivas diseñadas para lograr antes la igualdad de las personas sometidas a desventajas históricas o que de otro modo no pueden participar en igualdad de condiciones. En la sección B se examinan las obligaciones de los Estados con respecto a las medidas de acción positiva y la forma en que estas deben hacerse efectivas mediante una ley contra la discriminación.

Por último, en la sección C se examinan las obligaciones en materia de igualdad. En esta sección se tratan tanto la obligación de los Estados de garantizar la accesibilidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, las infraestructuras, los servicios y la información y las comunicaciones, como las obligaciones jurídicas previstas en la ley contra la discriminación a través de las cuales los Estados pueden cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

En todos los casos las secciones examinan las normas jurídicas internacionales y las interpretaciones autorizadas de los órganos de tratados pertinentes de las Naciones Unidas, con el fin de establecer los elementos indispensables de una ley general contra la discriminación.

A. Prohibición de la discriminación

Las leyes generales contra la discriminación deben definir y prohibir la discriminación.

Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definen la “discriminación”; sin embargo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluyen una definición. En el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Esta definición se repite en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sustituyendo las expresiones “raza, color, linaje u origen nacional o étnico”, por “sexo” y “discapacidad”, respectivamente, y omitiendo la palabra

"preferencia"[118]. En su observación general núm. 18, el Comité de Derechos Humanos adoptó de forma casi literal la definición utilizada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la modificó solo en la medida necesaria para ampliar el alcance personal a "determinados motivos"[119]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó un enfoque similar en su observación general núm. 20 (2009), insertando la frase "u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación" después de la palabra "preferencia"[120].

Como indica la referencia sistemática al "objeto o resultado" en estas definiciones, está bien establecido que la discriminación se produce tanto cuando se trata a una persona de forma diferente a otra que se encuentra en una situación similar pertinente, como cuando se trata de forma igual a un grupo de personas que se hallan en una situación diferente pertinente[121].

DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

De conformidad con la práctica y las observaciones de los órganos de tratados de las Naciones Unidas, la discriminación puede definirse como: toda distinción, exclusión o restricción basada en uno o más motivos protegidos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales o impedir la participación, en igualdad de condiciones, en cualquier ámbito de la vida regulado por la ley. La prohibición de la discriminación incluye todas las formas de discriminación, incluidos el acoso basado en un motivo y la denegación de ajustes razonables.

Como indica la definición, la cuestión de la comparación ha sido fundamental históricamente para comprender la discriminación. En el sentido más básico, cabe entender que una persona o comunidad que experimenta discriminación sufre una desventaja en comparación con otras. Por lo tanto, una cuestión que se ha planteado en la resolución de muchos casos de discriminación ha sido "en relación con qué elemento de comparación" real o hipotético se ha producido la discriminación. Como se examina más adelante, al haber evolucionado la comprensión de la discriminación, ahora se reconoce que la discriminación puede simplemente causar un perjuicio, sin que exista ningún elemento de comparación claro y, de hecho, en el caso de algunas formas de discriminación, la comparación no forma parte de la definición jurídica. Como se analizará más adelante, si bien la comparación puede resultar útil para comprender la forma en que se produce la discriminación y sus consecuencias, el hecho de que no se pueda identificar un elemento de comparación nunca debe ser un factor decisivo en el examen de los casos.

MÉXICO: ARTÍCULO 1, PÁRRAFO III, DE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos….

---

[118] Cabe señalar que la definición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad agrega, en el artículo 2, una frase adicional: "Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". La definición de "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" que figura en el artículo 2, párrafo 2, de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones es también similar a la utilizada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, incluida su referencia a la "preferencia", véase Heiner Bielefeldt y Michael Wiener, "Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance a nd of Discrimination Based on Religion or Belief" (2021), pág. 3. Disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_36-55/ga_36-55_e.pdf.

[119] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párrs. 6 y 7.

[120] Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20, párr. 7.

[121] Véase, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Domina y Bendtsen c. Dinamarca* (CRPD/C/20/D/39/2017), párr. 8.3, aplicación de la norma establecida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Thlimmenos v. Greece*, párr. 44.

Así pues, como pone de relieve el consenso en torno a los principales aspectos de la definición, el derecho a la no discriminación se refiere a la protección de las personas frente a las diferencias de trato o las repercusiones que se producen en relación con una "característica" personal o un "motivo de discriminación" y que menoscaban el disfrute de la vida en igualdad de condiciones. Por consiguiente, cabe entender que el derecho a la no discriminación tiene cuatro dimensiones, cada una de las cuales corresponde a una pregunta sencilla:

- El alcance personal del derecho: ¿quién está protegido?
- Las conductas prohibidas por el derecho: ¿de qué se protege a las personas?
- El alcance material del derecho: ¿dónde se protege a las personas y a quién incumbe la obligación?
- La posible justificación de la conducta: ¿por qué se permite una cierta diferenciación?

En la presente sección se analiza la elaboración de estos conceptos y se ofrecen orientaciones prácticas a los encargados de formular políticas y a la sociedad civil en su labor encaminada a la aprobación de leyes generales contra la discriminación sobre lo que es preciso incluir en esas leyes para garantizar la conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

1. Alcance personal del derecho a la no discriminación

El derecho a la no discriminación se centra en la protección frente al perjuicio que se produce en relación con una condición, identidad, característica o creencia, denominados de forma colectiva "motivos" de discriminación[122]. En esta sección se analizan estos motivos, antes de pasar a exponer las diferentes relaciones entre ellos y las formas en que las personas pueden verse expuestas a la discriminación.

a) Motivos prohibidos

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe prohibir la discriminación sobre la base de una lista amplia y abierta de características.**
- **Debe prohibirse la discriminación por motivos de edad; nacimiento; situación civil, familiar o de cuidador; color; ascendencia, incluida la casta; discapacidad; posición económica; origen étnico; expresión de género; identidad de género; predisposición genética o de otro tipo a alguna enfermedad; estado de salud; origen indígena; idioma; estado civil; maternidad o paternidad; condición de migrante; condición de minoría; origen nacional; nacionalidad; lugar de residencia; opinión política o de otra índole, incluidas la condición de defensor de los derechos humanos, la afiliación a sindicatos o la afiliación política; embarazo; patrimonio; raza; condición de refugiado o asilado; religión o creencias; sexo y género; características sexuales; orientación sexual; origen social; situación social; o cualquier otra condición.**
- **También debe prohibirse la discriminación basada en características adicionales que requieran protección en una sociedad determinada.**
- **La legislación contra la discriminación debe permitir la inclusión de motivos de discriminación adicionales a los enumerados explícitamente, y prohibir la discriminación que surja sobre la base de "cualquier otra condición".**

Desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, ha evolucionado la comprensión de los motivos por los que debe prohibirse la discriminación. En particular, los Estados y los

[122] Cabe señalar que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley, y varias constituciones nacionales reconocen el derecho a la igual protección, que ofrece garantías de igualdad sin hacer referencia a motivos de discriminación, lo que permite que los tribunales adopten un enfoque amplio de la cuestión de las características protegidas.

organismos internacionales han reconocido que la prohibición de la discriminación por "cualquier otro motivo" incluye una amplia gama de características no enumeradas explícitamente en los primeros instrumentos. Entre otras cosas, muchos motivos que no figuraban explícitamente en esos instrumentos —por ejemplo, la edad, la discapacidad, la identidad de género, el estado de salud y la orientación sexual— se han considerado equivalentes a los que estaban incluidos y, por tanto, se han incorporado a la lista de motivos protegidos reconocidos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948, establece que toda persona tiene los derechos en ella enunciados, "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión [o creencias][123], opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"[124]. La Declaración Universal sirvió de modelo para la prohibición de la discriminación prevista en los artículos 2, párrafo 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que utilizan ambos la misma lista de motivos[125]. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en 1965, reconoce además el "linaje" y el "origen étnico" como formas de discriminación racial prohibidas por la Convención[126].

En tratados posteriores se ha reconocido una creciente diversidad de motivos. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prohíbe la discriminación por motivos de estado civil, embarazo y maternidad (o paternidad)[127] [128]. El artículo 2, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce explícitamente la discapacidad como motivo de discriminación, una posición sustancialmente reforzada tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006[129]. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, aprobada en 1990, recoge muchos de estos avances, reafirma la mayoría de los motivos enumerados anteriormente y reconoce también la edad, la situación económica[130] y la nacionalidad como motivos de protección[131].

Además de proporcionar una lista explícita de motivos, muchos de los tratados fundamentales de derechos humanos, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prohíben asimismo la discriminación por "cualquier otra condición social[132]. Varios instrumentos regionales de derechos humanos contienen disposiciones redactadas en términos

---

123 Si bien el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos utiliza la palabra "religión", en el artículo 18 (relativo al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) se hace referencia a "religión o creencia". Los artículos 2, párrafo 1, y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utilizan expresiones similares. En sus observaciones, los órganos de tratados de derechos humanos han dejado claro que la prohibición de la discriminación es aplicable por razón de "religión o creencia" de una persona (o por el hecho de no profesar ninguna). Esto se hace explícito en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares que utiliza la expresión "religión o convicción". Véanse, a título ilustrativo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 22 (1993), párrs. 2, 10 y 11; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 22; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 18.

124 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.

125 El artículo 1 del Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111), de la OIT, contiene una lista de motivos similar, aunque reducida.

126 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1, párr. 1.

127 En esta publicación, utilizamos la expresión "maternidad o paternidad" para reflejar el texto aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su observación general núm. 6 (2018). En sus observaciones finales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha instado a los Estados a garantizar la igualdad en las licencias de maternidad y paternidad como medio para hacer frente a la desigualdad de género y la exclusión de las mujeres del mercado laboral. Véase, por ejemplo, CEDAW/C/PRK/CO/2-4, párrs. 35 y 36.

128 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 11, párr. 2.

129 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1.

130 Denominada "situación económica" *(economic situation)* en la observación general núm. 20 (2009) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y "situación económica" *(economic status)* en la observación general núm. 6 (2018) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En la presente publicación se utiliza la expresión "situación económica" *(economic status)*.

131 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, art. 1, párr. 1. La Convención también prohíbe la discriminación por razón de "convicción", un motivo próximo a la característica de religión o creencia protegida en otros instrumentos internacionales.

132 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2, párr. 1, y 26; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2. Véanse también Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, art. 1, párr. 1; y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, párr. 1.

similares[133]. La expresión "cualquier otra condición social" indica que la lista de motivos establecida en los Pactos es ilustrativa, y no exhaustiva, lo que permite reconocer nuevos motivos a medida que evoluciona la comprensión de la discriminación[134].

IDENTIFICACIÓN DE MOTIVOS ADICIONALES DE DISCRIMINACIÓN: PRÁCTICA INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL

En su observación general núm. 20 (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó la importancia de "un planteamiento flexible" para comprender la expresión "otra condición social". Según el Comité:

> **El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2, párrafo 2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad[135].**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que la expresión "otra condición" debe tener un significado amplio[136], y no debe limitarse a las características que son personales en el sentido de que son innatas o inherentes[137]. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que la expresión "cualquier otra condición social" establecida en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se interprete de forma amplia y "en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo"[138].

SUDÁFRICA: LEY DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INJUSTA

La Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta de Sudáfrica establece una prueba para detectar motivos adicionales de discriminación. Además de los motivos expresamente enumerados en la legislación, la expresión "motivos prohibidos" incluye cualquier otro motivo por el que la discriminación basada en ese otro motivo: i) cause o perpetúe una desventaja sistémica; ii) atente contra la dignidad humana; o iii) menoscabe el goce en igualdad de condiciones de los derechos y libertades de una persona de forma grave que sea comparable a la discriminación por un motivo explícitamente enunciado[139]. Al ser una de las primeras leyes generales de igualdad, el modelo de Sudáfrica ha ejercido influencia y en ella se ha basado la formulación de posteriores enfoques de mejores prácticas[140].

---

133 El artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1, párrafo 1, de su Protocolo núm. 12 también prohíben la discriminación por motivo de "cualquier otra condición". Todos los instrumentos utilizan la expresión "tales como" para indicar que la lista de motivos es ilustrativa y no exhaustiva. Lo mismo sucede con el artículo 21, párrafo 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que no utiliza la expresión "otra condición". El artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la discriminación por una lista establecida de motivos "o cualquier otra condición social". El artículo 1, párrafo 1, de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia elimina la palabra "social" y prohíbe la discriminación por "cualquier otra condición".

134 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 27.

135 *Ibid*.

136 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Carson and others v. the United Kingdom*, demanda núm. 42184/05, sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 70.

137 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Clift v. the United Kingdom*, demanda núm. 7205/07, sentencia de 13 de julio de 2010, párrs. 56 a 59.

138 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs. Colombia*, caso 12.841, informe núm. 5/14 (fondo), 2 de abril de 2014, párr. 64.

139 Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta, 2000, art. 1.

140 Equal Rights Trust, Declaration of Principles on Equality, principio 5; y Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolution 1844 (2011) on the Declaration of Principles on Equality and activities of the Council of Europe, párr. 10.

Mediante su examen de las comunicaciones individuales, y sus observaciones generales y observaciones finales, los órganos de tratados de derechos humanos han detectado una amplia gama de características personales como formas de "otra condición". Esto incluye, entre otras cosas, la orientación sexual[141], la identidad de género[142] y —en reconocimiento de los perjuicios particulares que afectan a las personas intersexuales[143]— las características sexuales[144]. Los avances en estos ámbitos se han reflejado en gran medida a nivel regional[145], así como en la legislación nacional aprobada en virtud de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos[146].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han publicado observaciones generales sobre la igualdad y la no discriminación, que reflejan los avances en el plano internacional y proporcionan una lista (no exhaustiva) de los motivos que se han reconocido en el derecho internacional. Esta lista incluye —además de las características antes enumeradas explícitamente— la situación familiar (o de cuidador)[147], la identidad de género[148], el estado de salud, el lugar de residencia, la orientación sexual[149], la situación social, el estado civil, la expresión de género[150], la predisposición genética o de otro tipo a alguna enfermedad, el origen indígena, la condición de migrante, la condición de minoría nacional, las características sexuales[151] y la condición de refugiado o de asilado[152]. En el curso de la resolución de casos, los órganos de tratados han reconocido otros motivos, sobre la base de la legislación nacional, como la "ascendencia"[153].

---

141 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 32; CRC/C/BLR/CO/5-6, párr. 15 a); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 18; CRPD/C/IND/CO/1, párr. 19 b); Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007), párr. 21; CERD/C/KGZ/CO/8-10, párr. 16; CMW/C/LKA/CO/2, párr. 27 c); y Comité de Derechos Humanos, *Young C. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000), párr. 10.4.

142 Véanse, por ejemplo, E/C.12/UKR/CO/7, párrs. 10 y 11; CCPR/C/UZB/CO/5, párrs. 10 y 11; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 36 (2020), párrs. 18 y 60; CEDAW/C/NZL/CO/8, párr. 12 a); CRPD/C/MMR/CO/1, párr. 12; CMW/C/LKA/CO/2, párr. 27 c); CRC/C/LVA/CO/3-5, párr. 27 c); y CAT/C/UZB/CO/5, párr. 64.

143 Los Estados miembros, las entidades de las Naciones Unidas, los mecanismos regionales y las organizaciones de la sociedad civil utilizan diferentes expresiones para describir el motivo de discriminación por el que las personas intersexuales sufren violaciones de derechos humanos, entre ellas "las características sexuales", "la condición de persona intersexual" y "la diversidad corporal". En la presente guía, se utiliza en general la expresión "características sexuales".

144 Véanse, por ejemplo, E/C.12/ECU/CO/4, párrs. 25 y 26; CRC/C/LVA/CO/3-5, párr. 27 c); CEDAW/C/NZL/CO/8, párr. 12 a); CRPD/C/IND/CO/1, párr. 19 b); CAT/C/BLR/CO/5, párr. 30 b); CERD/C/ARG/CO/21-23, párr. 36; CMW/C/GTM/CO/2, párrs. 26 a) y 27 d); y CCPR/C/TUN/CO/6, párrs. 19 y 20.

145 Por ejemplo, en relación con el motivo de la orientación sexual, véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, comunicación núm. 245/02, decisión, 11 a 15 de mayo de 2006, párr. 169; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, caso, sentencia de 24 de febrero de 2012; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S. L. v. Austria*, demanda núm. 45330/99, 2003, párr. 37. Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros, *Ending Violence and Other Human Rights Violations based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Joint Dialogue of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Inter-American Commission on Human Rights, and United Nations* (Pretoria, Pretoria University Law Press, 2016). Disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Endingviolence_ACHPR_IACHR_UN_SOGI_dialogue_EN.pdf.

146 Véase, por ejemplo, Malta, Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, 2015.

147 En su observación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad utiliza la expresión "situación profesional" *(career status)* en lugar de situación de cuidador *(carer status)*, aunque un examen del proyecto precedente de la observación general (que utiliza el término "cuidador") y la ubicación de la palabra "profesional" en la expresión "situación familiar o profesional" indican que se trata de un error tipográfico en inglés. En la presente guía, se hace referencia al motivo "situación familiar o de cuidador" en lugar de "situación profesional".

148 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 32; E/C.12/UKR/CO/7, párrs. 10 y 11; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 3 (2016), párr. 4; CRPD/C/MMR/CO/1, párr. 12 a); y CRPD/C/IND/CO/1, párr. 19 b).

149 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 32. Véase también Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 21 y 33; y CRPD/C/IND/CO/1, párr. 19 b).

150 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), párrs. 23 y 40; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 21.

151 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), párrs. 2, 23 y 30; E/C.12/NLD/CO/6, párrs. 18 y 19; CRPD/C/IND/CO/1, párr. 19 b); y el análisis sobre las características sexuales, más arriba.

152 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 18 a 35; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 21.

153 Comité de Derechos Humanos, *Ross c. el Canadá* (CCPR/C/70/D/736/1997), motivo basado en la ley de Nueva Brunswick y conforme a lo resuelto en el Tribunal Supremo del Canadá.

Algunos órganos de tratados han considerado conjuntamente determinados motivos de discriminación. En su observación general núm. 20 (2009), por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aborda la discriminación por motivos de origen étnico como una forma de discriminación racial; la discriminación por razón de sexo y embarazo como aspectos de la discriminación sexual; la afiliación sindical y a partidos políticos como formas de la opinión política o de otro tipo; la condición de refugiado, solicitante de asilo, migrante, víctima de la trata de personas y de apatridia en el apartado relativo a la nacionalidad; y la discriminación por motivos de ascendencia en el relativo al nacimiento[154].

Los órganos de tratados también pueden utilizar diferentes expresiones para describir conceptos conexos, lo que a menudo significa un avance en la comprensión de la terminología más adecuada[155] o de las diferentes facetas de los motivos conexos. Así, por ejemplo, en su observación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece una distinción entre los motivos de identidad de género y de expresión de género[156], y refleja las mejores prácticas en este ámbito[157]. No obstante, cabe señalar que suelen producirse solapamientos e intersecciones entre las características y es importante que las aclaraciones de las expresiones no se traduzcan en ausencia de protección.

A fin de cumplir las obligaciones que les impone el derecho internacional, cuando aprueben una ley general contra la discriminación, los Estados deben garantizar que se respete, proteja y haga efectivo el derecho a la no discriminación[158]. Esto significa que todas las personas expuestas a discriminación por uno o varios de los motivos reconocidos en el derecho internacional deben disponer de vías legales para hacer valer sus derechos y obtener reparación[159]. Además, los legisladores nacionales deben tratar de enumerar cualquier otra característica que requiera protección en su sociedad para garantizar que el derecho a la no discriminación se haga efectivo para todos[160]. A este respecto, varios Estados han reconocido ,en sus marcos jurídicos nacionales, motivos de discriminación que no se han enumerado antes de forma explícita, y abarcan desde la "casta" al "estado serológico con respecto al VIH/sida"[161].

Motivos de discriminación reconocidos en el derecho internacional

En el siguiente recuadro se enumeran todos los motivos que han sido reconocidos explícitamente como motivos de discriminación en el derecho internacional, ya sea mediante su inclusión en uno o más de los instrumentos o mediante la interpretación de estos por los órganos de tratados competentes. Se incluyen aquellas características que están explícitamente incluidas en el texto de las disposiciones relativas a la no discriminación de los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos, así como las enumeradas en la observación general núm. 20 (2009) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la observación general núm. 6 (2018) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En conjunto, estas observaciones generales recogen muchos de los avances en el reconocimiento de motivos en el derecho internacional; sin embargo, no reflejan plenamente las normas internacionales y se omiten algunos motivos de discriminación —como el albinismo[162] o

---

154 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 19, 20, 23, 26, 30 y 32.

155 Véase, por ejemplo, el análisis de la expresión "desventaja socioeconómica", en Equal Rights Trust, *Learning InEquality: Using Equality Law to Tackle Barriers to Primary Education for Out-of-School Children* (Londres, 2017) págs. 32 a 35.

156 La "identidad de género" se define en los Principios de Yogyakarta como "la experiencia interna e individual del género que cada persona siente profundamente, que puede corresponderse o no con el sexo asignado al nacer". Los Principios de Yogyakarta (+10) definen la "expresión de género" como "la forma en que cada persona presenta su género a través de su apariencia física... y la gestualidad, el habla, el comportamiento, los nombres y las referencias personales". Aunque históricamente se han tratado de forma conjunta, la expresión de género "puede o no coincidir con la identidad de género de la persona".

157 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 21 y 34; CEDAW/C/NZL/CO/8, párrs. 11 a) y 12 a); CCPR/C/SLV/CO/7, párr. 9; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), párrs. 23 y 40; y CRC/C/SWE/CO/5, párr. 15.

158 Véase la sección I.B de la primera parte de la presente guía.

159 Véase además el capítulo II de la segunda parte de la presente guía.

160 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 27.

161 Véase, por ejemplo, Constitución de la India, art. 15, párr. 1, con respecto a la discriminación basada en la casta; y Constitución de Burundi, art. 22, sobre el estado serológico con respecto al VIH/sida. Todos estos motivos también han sido reconocidos en el derecho internacional, aunque a menudo se consideran bajo otros epígrafes como la "ascendencia" o el "estado de salud". Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 26 y 33.

162 Sin embargo, este motivo a veces se considera bajo otros epígrafes, como el color o la discapacidad. Véanse E/C.12/GIN/CO/1, párr. 18; CCPR/C/AGO/CO/2, párrs. 13 y 14; CEDAW/C/ETH/CO/8, párr. 21; CERD/C/ZMB/CO/17-19, párrs. 29 y 30; y CRPD/C/SEN/CO/1, párrs. 7 y 8.

la condición de defensor de los derechos humanos—[163] a pesar de que está claramente reconocida su condición de protegidos. A este respecto, cabe destacar que el recuadro no pretende exponer de forma exhaustiva todos los motivos de discriminación reconocidos en el derecho internacional. El hecho de que una característica determinada no figure de forma explícita en las disposiciones sobre no discriminación de un tratado no debe interpretarse como ausencia de protección[164], y es importante que las disposiciones relativas a "otra condición" se interpreten de forma amplia para garantizar que el derecho a la no discriminación sea efectivo para todos.

MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN RECONOCIDOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Edad
Nacimiento
Situación civil, familiar o de cuidador
Color
Ascendencia, incluida la casta
Discapacidad
Situación económica
Origen étnico
Expresión de género
Identidad de género
Predisposición genética o de otro tipo a alguna enfermedad
Estado de salud
Origen indígena
Idioma
Estado civil
Maternidad o paternidad
Condición de migrante
Condición de minoría
Origen nacional
Nacionalidad
Lugar de residencia
Opinión política o de otro tipo
Embarazo
Patrimonio
Raza
Condición de refugiado o asilado
Religión o creencias
Sexo y género
Características sexuales
Orientación sexual
Origen social
Situación social

Además, de conformidad con el derecho internacional, los Estados deben mantener una lista "abierta" de motivos, en particular para prohibir la discriminación por "cualquier otra condición".

DISCRIMINACIÓN DE LOS NO CIUDADANOS

Los tratados internacionales de derechos humanos garantizan los derechos a "toda persona", sin distinción de ciudadanía, de conformidad con el compromiso global de que todas las personas nacen iguales en dignidad y derechos. El Comité de Derechos Humanos ha observado que todos los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben garantizarse sin discriminación entre nacionales y extranjeros y ha subrayado que los no ciudadanos se benefician de las disposiciones del artículo 2 del Pacto[165]. En su examen de varias denuncias individuales, el Comité ha sostenido, además, que la prohibición de la discriminación prevista en el artículo 26 del Pacto incluye la diferenciación entre nacionales y extrajeros[166]. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que la nacionalidad es un motivo protegido comprendido en la categoría "cualquier otra

---

[163] Véase ACNUDH, "20th anniversary of the UN Declaration on Human Rights Defenders", 30 de mayo de 2018.

[164] De hecho, como se ha indicado antes, en relación con la observación general núm. 20 (2009) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han incluido en un único epígrafe varios motivos reconocidos por otros órganos de tratados. El motivo relativo al "nacimiento", por ejemplo, abarca la discriminación basada en la ascendencia y la discriminación basada en la casta. La apatridia se considera una forma de discriminación basada en la nacionalidad. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 26 y 30.

[165] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 15 (1986), párr. 2.

[166] Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Gueye y otros c. Francia*, comunicación núm. 1966/1983; *Adam c. la República Checa*, comunicación núm. 586/1994; y *Karakurt c. Austria*, comunicación núm. 965/2000.

condición social" que figura en el artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También ha subrayado que los derechos reconocidos en el Pacto "son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean"[167].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha examinado en detalle las medidas que deben adoptar los Estados para garantizar que los no ciudadanos no sean objeto de ninguna forma de discriminación. Entre ellas figuran los principios generales de que: a) "las disposiciones legales de los Estados partes no podrán establecer discriminación contra ninguna nacionalidad en particular"; b) en el derecho internacional "debe interpretarse que... se trata de evitar socavar la prohibición básica de la discriminación"; c) los Estados tienen la obligación positiva de "prohibir y eliminar la discriminación racial en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Los Estados partes se obligan a garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de esos derechos en la medida reconocida en el derecho internacional"; y d) cualquier "diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia… no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo"[168].

Algunos tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han considerado que los Estados vulneran la prohibición de discriminación en asuntos relativos, por ejemplo, a la exclusión de ciudadanos extranjeros de las prestaciones por desempleo o a la obligación de que los extranjeros sin residencia permanente paguen tasas de educación secundaria[169]. El Tribunal también ha determinado que los Estados vulneran la prohibición de discriminación racial en procedimientos de ciudadanía[170]. En asuntos relativos a la expulsión colectiva de extranjeros, el Tribunal ha exigido a los Estados un nivel de prueba aún más estricto que en otros casos de discriminación[171].

De lo expuesto se desprende que en la mayoría —si no en todos— los ámbitos de la vida económica, social y cultural, la discriminación por motivos de nacionalidad está prohibida en las mismas condiciones que cualquier otro motivo de discriminación. El cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos exige que, cuando la legislación nacional incluya excepciones relativas a la nacionalidad, estas se definan de forma estricta. Además, de la prohibición general de discriminación se infiere que los no nacionales también deben gozar de protección frente a la discriminación en ámbitos como la inmigración, la expulsión, la ciudadanía y otros aspectos del control de fronteras por razón de todas la demás características protegidas, entre ellas (aunque no exclusivamente) el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la discapacidad o —como señaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su recomendación general núm. 30 (2004)— la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico[172].

---

167 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 30.

168 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 30 (2004), párrs. 1 a 4.

169 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, demanda núm. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996; y *Ponomaryovi v. Bulgaria*, demanda núm. 5335/05, sentencia de 21 de junio de 2011.

170 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016. Véase también Comisión Europea de Derechos Humanos, *East African Asians v. the United Kingdom*, demandas núms. 4403/70-4419/70 y otras, informe de 14 de diciembre de 1973.

171 El Tribunal considera que el procedimiento seguido no le permite eliminar toda duda acerca del hecho de que la expulsión podría haber sido colectiva. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka v. Belgium*, demanda núm. 51564/99, sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 61.

172 Véase, en el contexto de la inmigración, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 30 (2004), párr. 9.

b) Discriminación por motivos de asociación y percepción

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe prohibir la discriminación basada en la percepción y la asociación, que se definen de la siguiente manera:**
  - **La discriminación basada en la percepción se produce cuando las personas se ven desfavorecidas debido la percepción, exacta o no, de que presentan una característica protegida.**
  - **La discriminación basada en la asociación se produce cuando las personas se ven desfavorecidas debido a su asociación con otra persona u otras personas que presentan una característica protegida.**

La discriminación no solo se produce contra individuos que tienen una característica, condición o identidad determinadas. Las personas también pueden experimentar discriminación debido a la percepción de que pertenecen a un grupo que comparte una característica protegida o debido a su asociación con una persona o grupo que presenta esa característica. La discriminación por motivos de percepción se produce cuando las personas se ven desfavorecidas debido la percepción, exacta o no, de que presentan una característica protegida. La discriminación por motivos de asociación se produce cuando las personas se ven desfavorecidas debido a su asociación con otra persona u otras personas que presentan una característica protegida.

KOSOVO[173]: LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, 2015

Artículo 4

1.7. Discriminación basada en la asociación: es la discriminación por los motivos enunciados en el artículo 1 de esta Ley, dirigida a personas que, si bien no pertenecen a un grupo determinado, son terceros que se asocian a esos grupos;

…

1.9. Discriminación basada en la percepción: es la discriminación por los motivos enunciados en el artículo 1 de esta Ley, dirigida a personas que, si bien no pertenecen a un grupo determinado, son terceros respecto de los cuales se percibe que pertenecen a esos grupos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que la pertenencia a un grupo protegido incluye "la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos" y "la percepción por parte de otras personas de que un individuo forma parte de dicho grupo"[174]. Asimismo, en su interpretación de la convención pertinente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que la prohibición de discriminación se hace extensiva a quienes "tienen una discapacidad presunta, así como a las personas asociadas a personas con discapacidad"[175]. Otros órganos de tratados también han abordado la discriminación basada en la percepción en sus observaciones finales[176].

Los casos examinados por los tribunales a nivel regional han obligado a estos organismos a abordar los problemas de la discriminación por motivos de percepción y la discriminación por motivos de asociación,

---

[173] Las referencias a Kosovo deben entenderse en el contexto de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

[174] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 16.

[175] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 20. A través de sus observaciones generales, el Comité ha abordado el trato que reciben las personas con discapacidad sobre la base de su "deficiencia real o subjetiva" en muchos ámbitos de la vida, por ejemplo, en cuanto a la igualdad respecto de la capacidad jurídica, la privación de libertad y la educación inclusiva. Véanse Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 1 (2014), párr. 13; observación general núm. 3 (2016), párr. 52; y observación general núm. 4 (2016), párr. 6.

[176] Véase, por ejemplo, con respecto a la orientación sexual: CCPR/C/ZAF/CO/1, párrs. 20 y 21; CCPR/C/SEN/CO/5, párr. 15 c); CCPR/C/MAR/CO/6, párr. 12; CRC/C/IRN/CO/3-4, párr. 31; y CAT/C/SEN/CO/4, párr. 36 b). Véase también con respecto al estado de salud: CMW/C/LKA/CO/2, párr. 27 c).

lo que les ha permitido profundizar en la naturaleza de la protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la discriminación basada en la "percepción que otras [personas] tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima"[177]. Según el Tribunal, este tipo de discriminación tiene por objeto o por resultado reducir a las personas "a la única característica que se le[s] imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre"[178]. El Tribunal ha citado anteriormente con aprobación al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo relativo a la prohibición de la discriminación basada en la percepción y en la asociación[179] y ha reconocido de forma implícita que la discriminación basada en la asociación de un individuo con una persona perteneciente a un grupo protegido está prohibida[180].

En la Unión Europea, la comprensión de estos conceptos se ha desarrollado a través de los asuntos *Coleman c. Attridge Law* y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*. En el primer asunto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que una mujer que había recibido un trato desfavorable debido a la discapacidad de su hijo había sido objeto de discriminación. Según el Tribunal, limitar la aplicación de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo a las personas que poseen una característica protegida (en este caso, la discapacidad) sería "privar a [la] Directiva de una parte considerable de su efecto útil"[181]. De conformidad con este razonamiento, en el asunto *CHEZ*, el Tribunal consideró que la Directiva relativa a la igualdad racial era aplicable a: "las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada, sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos". El asunto se refería a Anelia Nikolova, una mujer no romaní que tenía una empresa en un barrio romaní, en el que los contadores de electricidad eran diferentes a los de los barrios predominantemente no romaníes. En su sentencia en este asunto, el Tribunal sostuvo que la demandante debía demostrar que se había producido un acto de discriminación por uno de los motivos establecidos en la Directiva; no se requería la pertenencia a un grupo determinado[182]. En consecuencia, la Sra. Nikolova había experimentado discriminación por motivos de origen racial o étnico, independientemente de que no perteneciera al grupo en cuestión. Este enfoque también se ha aplicado en el plano nacional[183].

En mayor o menor medida, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[184] como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han reconocido que los actos de discriminación basados en la percepción o la asociación están prohibidos[185].

---

177 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párr. 79. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 380; y *Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 349.

178 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Flor Freire vs. Ecuador*, sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 120.

179 *Ibid*., párr. 121.

180 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párrs. 214 a 216.

181 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Coleman v Attridge Law*, asunto C-303/06, sentencia de 17 de julio de 2008, párr. 51.

182 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, sentencia de 16 de julio de 2015, párr. 56.

183 Véase, por ejemplo, Hungría, Código Penal, 2012, art. 216.

184 En *Guberina v. Croatia*, el Tribunal afirmó claramente que la prohibición de la discriminación establecida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos "comprende los casos en que una persona es tratada de manera menos favorable en razón de la condición o las características protegidas de otra persona". El Tribunal también ha identificado la "discriminación por razón de la etnia real o subjetiva" como una forma de discriminación racial. Véanse, respectivamente, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guberina v. Croacia*, demanda núm. 23682/13, sentencia de 22 de marzo de 2016, párr. 78; y *Timishev v. Russia*, demandas núms. 55762/00 y 55974/00, sentencia de 13 de diciembre de 2005, párr. 56.

185 Por ejemplo, en una resolución aprobada en 2014, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos expresó su preocupación por la violencia y la discriminación contra las personas debido a su orientación sexual o identidad de género real o subjetiva. En virtud del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África, está prohibida la discriminación por asociación con una persona con discapacidad (art. 5, párr. 2 c)). Véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resolución relativa a la protección frente a la violencia y otras violaciones de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género reales o percibidas (CADHP/Res.275(LV)2014.

c) Interseccionalidad y discriminación múltiple

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe prohibir la discriminación múltiple, reconociendo que la discriminación puede producirse por más de un motivo protegido. La discriminación múltiple puede ser de naturaleza "acumulativa" o "interseccional":**
  - **La discriminación acumulativa tiene lugar cuando la discriminación se produce por dos o más motivos distintos.**
  - **La discriminación interseccional tiene lugar cuando la discriminación se produce debido a una combinación de motivos que interactúan de forma que generan una discriminación distinta y específica.**
- **Para asegurar una protección integral, la legislación contra la discriminación debe garantizar la prohibición explícita de la discriminación acumulativa e interseccional.**

En los últimos decenios, se ha reconocido cada vez más que la discriminación puede producirse, y de hecho se produce con frecuencia, por múltiples motivos, que a menudo interactúan de forma compleja. En consecuencia, ha surgido un claro consenso entre los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas en el sentido de que la protección efectiva del derecho a la no discriminación exige la prohibición de la discriminación múltiple, es decir, la discriminación por más de un motivo. Puede entenderse que la expresión "discriminación múltiple" se refiere a dos fenómenos distintos:

- La discriminación "acumulativa" se produce cuando una persona sufre discriminación por dos o más motivos distintos. Aunque esto puede dar lugar, y de hecho da lugar, a una desventaja compleja, las leyes que prohíben la discriminación por motivos determinados pueden ofrecer un medio para impugnar estos actos de discriminación distintos y separados.
- La discriminación "interseccional" se produce cuando una persona experimenta discriminación a causa de una combinación de motivos que interactúan de forma que dan lugar a un perjuicio determinado. Un caso así podría darse, por ejemplo, si una cadena de televisión adoptara la política de despedir a las presentadoras una vez cumplidos los 45 años. La política no afectaría a los hombres del mismo tramo de edad; ni tampoco a las mujeres más jóvenes. En este caso, la discriminación que se experimenta no se debe únicamente a la edad o al sexo, sino a la interacción o fusión de estos motivos. En tales casos, las personas que poseen solo una de las características en cuestión no sufrirían discriminación, ya que el perjuicio solo se produce debido al impacto combinado e interseccional. Por ello, cuando las leyes no reconocen la discriminación interseccional puede producirse una laguna en la protección.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aclarado que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 2, párrafo 2, del Pacto incluye tanto la discriminación acumulativa como la interseccional[186]. El Comité de Derechos Humanos ha aplicado cada vez más el concepto de discriminación múltiple o interseccional a su evaluación de las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto[187] y ha recomendado que los Estados prohíban todas las formas de discriminación múltiple e interseccional mediante la aprobación de una ley general de igualdad[188]. Estas recomendaciones se reflejan en la práctica del Comité para la Eliminación de la

[186] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 17 y 27.

[187] Véase, por ejemplo, CCPR/C/MRT/CO/2, párrs. 14 a 17.

[188] Véase, por ejemplo, CCPR/C/ITA/CO/6, párr. 9; y CCPR/C/AUS/CO/6, párr. 18.

Discriminación Racial[189], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[190] y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad[191] cada uno de los cuales ha admitido que el reconocimiento de la discriminación múltiple es esencial para el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados en materia de igualdad y no discriminación en virtud de sus respectivos tratados.

LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

En su 36º período ordinario de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos aprobó una resolución sobre los derechos económicos, sociales y culturales en África[192]. La Comisión pidió que se estableciera un grupo de trabajo encargado de formular un conjunto de principios y directrices sobre los derechos económicos, sociales y culturales en África. Las directrices finales se presentaron oficialmente en el 50º período de sesiones de la Comisión[193], con el objetivo de ayudar a los Estados partes a cumplir las obligaciones contraídas en virtud de la Carta Africana[194]. Entre otras cosas, las directrices reconocen claramente la obligación de los Estados de eliminar las formas de discriminación múltiple e interseccional, que se definen del siguiente modo: "La discriminación interseccional o múltiple se produce cuando una persona es objeto de discriminación por más de un motivo al mismo tiempo, por ejemplo, raza y género"[195].

En el ámbito regional, el concepto de discriminación múltiple está más desarrollado en las Américas, donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de Derechos Humanos han abordado la interseccionalidad en una serie de casos relativos a cuestiones como la violencia sexual contra las mujeres indígenas[196]. La Corte ha señalado que la discriminación múltiple no es simplemente el resultado de la confluencia de múltiples factores, sino más bien de la intersección particular de distintos factores que dan lugar a formas de discriminación específicas y cualitativamente distintas[197]. Por ejemplo, en *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, una niña que vivía con VIH/sida había sido objeto de diversas formas de perjuicio, entre ellas, la denegación de acceso a la atención médica y la expulsión de la escuela, debido a su estado de salud. La Corte consideró que diversos factores, como su estado de salud, su género y su origen socioeconómico, habían dado

---

189 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha establecido que: "El principio del disfrute de los derechos humanos en pie de igualdad forma parte integrante de la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que figura en la Convención. Los 'motivos' de la discriminación se amplían en la práctica con la noción de 'interrelación', que permite al Comité abordar situaciones de doble o múltiple discriminación". Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 7.

190 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que: "La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores" y que el concepto de interseccionalidad es esencial para "comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2" de la Convención. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 18. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 12.

191 El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce expresamente que las mujeres y niñas con discapacidad pueden ser objeto de discriminación múltiple. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que esta disposición es solo ilustrativa y que la prohibición de la discriminación múltiple e interseccional es una obligación transversal en virtud de la Convención. Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 19 y 36.

192 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resolución 73, Resolution on Economic, Social and Cultural Rights in Africa (CADHP/Res.73(XXXVI)04).

193 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Final communiqué of the 50th ordinary session of the African Commission on Human and Peoples' Rights" (Banjul, 2011).

194 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights", preámbulo.

195 *Ibid*., párrs 1 l) y 38.

196 Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *González Pérez vs. México*, caso 11.565, informe núm. 53/01 de 4 de abril de 2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 185; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo Cantú y otros vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010.

197 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 290, y voto particular concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11; *I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 247; *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párrs. 276 y 304.

lugar a una "forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores; es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente"[198].

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha articulado recientemente la obligación de los Estados de reconocer la discriminación interseccional basada en una combinación de motivos y adoptar medidas para combatirla[199]. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión está menos desarrollada, aunque en algunos asuntos se han citado los aspectos interseccionales de la identidad de una persona para determinar la existencia de discriminación[200].

2. Formas de discriminación

Tanto la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer exigen explícitamente a los Estados que eliminen "todas las formas de discriminación", y el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han utilizado reiteradamente esta misma formulación en sus contactos con los Estados en relación con sus obligaciones de no discriminación[201]. Sin embargo, con la excepción parcial del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[202], los principales instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas no abordan las diferentes formas de discriminación. En cambio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad definen la discriminación como toda distinción, exclusión o restricción (o preferencia) basadas en un motivo protegido que tenga "por objeto o por resultado" impedir el goce de los derechos humanos en igualdad de condicioness[203]. Como se ha observado anteriormente, esta definición ha sido adoptada por el Comité de Derechos Humanos[204] y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[205].

---

198 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 290.

199 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights", párr. 38.

200 Por ejemplo, en el asunto *B.S. v. Spain*, el Tribunal sostuvo que las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales internos no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana que ejercía la prostitución, lo que dio lugar a una vulneración del artículo 14, en relación con la parte procesal del artículo 3 del Convenio. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *B.S. v. Spain*, demanda núm. 47159/08, sentencia de 24 de julio de 2012, párr. 62. Véase también, en relación con la edad y el género, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, demanda núm. 17484/15, sentencia de 25 de julio de 2017.

201 En particular, tanto la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se han redactado teniendo en cuenta la necesidad de eliminar "todas las formas de discriminación" contra sus respectivos grupos beneficiarios. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que "la obligación de prohibir 'toda discriminación'" en virtud de la Convención "incluye todas las formas de discriminación". En sus exámenes de la actuación de los Estados en virtud de los tratados, los órganos de tratados han recomendado, además, la aprobación de legislación general contra la discriminación que, entre otras cosas, prohíba "todas las formas de discriminación". Véanse Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18; CCPR/C/LBR/CO/1, párr. 17 a); E/C.12/CPV/CO/1, párr. 17; CRC/C/PSE/CO/1, párr. 21; y CMW/C/LBY/CO/1, párr. 29 a).

202 La Convención define la denegación de "ajustes razonables" como una forma de discriminación. Véase Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2.

203 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1, párr. 1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 1; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial incluye la palabra adicional "preferencia". Como se ha expuesto en la sección I.B.3 de la segunda parte de la presente guía, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha tratado de distinguir las "medidas especiales", que pueden conllevar un trato preferente, de las "preferencias injustificables". Solo estas últimas constituyen una forma de discriminación racial prohibida de conformidad con la definición de la Convención. El artículo 1 a) del Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111), de la OIT, utiliza una terminología similar a la de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, si bien se omite la palabra "restricción". Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 7.

204 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párrs. 6 y 7.

205 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 7.

GEORGIA: LEY DE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Artículo 2

1. En Georgia está prohibida cualquier forma de discriminación. …

En su observación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad identifica cuatro formas "principales" de discriminación reconocidas en la práctica internacional de los derechos humanos. A saber: a) la discriminación directa; b) la discriminación indirecta; d) la denegación de ajustes razonables; y d) el acoso (basado en un motivo protegido)[206]. Con algunos matices, cada uno de estos conceptos ha sido reconocido como una conducta prohibida comprendida en el alcance del derecho a la no discriminación reconocido en otros tratados internacionales de derechos humanos[207]. Además de esta lista, la presente guía aborda la segregación y la victimización como formas de conducta prohibida reconocidas en el derecho internacional[208]. Cabe observar algunas divergencias de enfoque en los mecanismos de derechos humanos y entre ellos con respecto a estos conceptos y, cuando se aplican a casos concretos, es posible que existan algunos ámbitos de solapamiento[209]. Estos matices se analizan más adelante.

Con el tiempo, a medida que evolucionan la comprensión de los conceptos de discriminación y las experiencias de los grupos discriminados, pueden detectarse nuevas formas de discriminación que requieran una sanción jurídica[210]. En todos los casos, es importante que una ley general contra la discriminación prevea protección efectiva frente a todas las formas de discriminación. Para ello es preciso, como mínimo, garantizar que todas las personas que experimenten cualquiera de los tipos de conducta prohibida descritos en esta sección dispongan de mecanismos jurídicos adecuados para ejercer y hacer valer sus derechos[211].

a) Discriminación directa

RESUMEN

- **La discriminación directa es el trato menos favorable o perjudicial que se dispensa a una persona por razón de sus características protegidas. La prohibición de discriminación directa incluye actos u omisiones. La discriminación directa puede cometerse de forma intencionada o no intencionada y puede ser abierta o encubierta. La legislación contra la discriminación debe prohibir la discriminación directa. La discriminación directa se produce cuando una persona recibe un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o recibiría otra en una situación comparable sobre la base de uno o varios motivos protegidos; o cuando una persona es objeto de actos que causen perjuicio por uno o varios motivos de discriminación.**

La discriminación directa es lo que muchas personas entienden cuando se utiliza la palabra "discriminación" en el discurso general: tratar a alguien de forma menos favorable debido a una característica o características concretas. Por ejemplo, un empresario que se niega a contratar a alguien por su origen étnico o un restaurante que niega la entrada a alguien por su orientación sexual. Aunque ambos ejemplos conllevan un trato desfavorable "manifiesto" (abierto y transparente) relacionado explícitamente con una característica

---

206 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18.

207 Véase, en particular, el análisis de la denegación de ajustes razonables en la sección I.A.2 d) de la segunda parte de la presente guía, que se suele tratar como una forma de discriminación por motivos específicos (discapacidad).

208 Como se expone en la sección I.A.2 f) de la segunda parte de la presente guía, si bien la victimización se reconoce claramente como una forma de conducta prohibida, no siempre se trata como una forma diferenciada de discriminación. En el derecho internacional, la victimización se ha tratado con frecuencia como parte de las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar el acceso a la justicia.

209 Véase, en particular, en la segunda parte de la presente guía el análisis sobre el solapamiento entre ajustes razonables y discriminación indirecta (sección I.A.2 d)) y sobre el tratamiento de la segregación (sección I.A.2 e)).

210 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párrs. 8 y 15.

211 Véase, además, el capítulo III de la segunda parte de la presente guía, que establece las garantías procesales necesarias para garantizar la aplicación efectiva de la legislación contra la discriminación.

determinada, la discriminación directa también puede ser encubierta o realizarse con un pretexto[212]. Además, la discriminación directa no precisa motivo o intención: no es necesario que la parte discriminadora actúe con la intención (ni tan siquiera con el conocimiento) de causar un daño o perjuicio; lo relevante es el vínculo causal entre el perjuicio y la característica.

LA DISCRIMINACIÓN Y EL REQUISITO DE LA INTENCIONALIDAD

En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, una conducta está prohibida cuando tiene "por objeto o por resultado" menoscabar el goce de los derechos en igualdad de condiciones[213]. Si bien las palabras "objeto" y "resultado" a veces se equiparan —respectivamente— con discriminación "directa" e "indirecta", los términos no son sinónimos, aunque pueden abarcar muchas de las mismas formas de conducta[214] y, cuando se consideran conjuntamente, pueden proporcionar una protección coincidente a la que se otorga a la discriminación directa e indirecta.

La discriminación directa puede producirse sin un propósito o intención explícitos de discriminar. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha formulado observaciones sobre la práctica de recluir a personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero durante largos periodos en régimen de aislamiento, con la supuesta justificación de "protegerlas" del riesgo de violencia. Tales prácticas, según la Comisión, pueden constituir discriminación, "aun cuando la intención sea proteger a las personas LGBT privadas de libertad"[215].

El término "resultado" ha sido interpretado por los órganos de tratados de derechos humanos, incluidos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité de Derechos Humanos, en el sentido de que prohíbe la discriminación sin necesidad de identificar un motivo o intención discriminatorios[216]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo indica explícitamente en su observación general núm. 6 (2018), señalando —en su definición de discriminación directa— que: "El motivo o la intención de la parte que haya incurrido en discriminación no es pertinente para determinar si esta se ha producido"[217]. En el caso *Gabre Gabaroum c. Francia*, de 2016, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial llegó a una conclusión similar, subrayando que "no se puede exigir a las presuntas víctimas de discriminación racial que demuestren una intención de discriminar en su contra"[218].

Como se expone más adelante, es evidente que el requisito de intencionalidad se omite en los casos de discriminación indirecta y, a este respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha criticado a los Estados cuyas leyes no cumplen las disposiciones de la Convención[219].

---

212 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Oršuš and others v. Croatia*, demanda núm. 15766/03, sentencia de 16 de marzo de 2010.

213 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 1; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párrs. 6 y 7; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm.20 (2009), párr. 7.

214 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, A*lthammer y otros c. Austria* (CCPR/C/78/D/998/2001), párr. 10.2; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y otros c. la República Eslovaca* (CERD/C/66/D/31/2003), párr. 10.4.

215 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, párr. 160.

216 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *V. S. c. Eslovaquia* (CERD/C/88/D/56/2014), párr. 7.4; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 a); y Comité de Derechos Humanos, *Simunek y otros c. la República Checa* (CCPR/C/54/D/516/1992), párr. 11.7.

217 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 a).

218 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Gabre Gabaroum c. Francia* (CERD/C/89/D/52/2012), párr. 7.2. Aunque el caso se resolvió recurriendo al "efecto discriminatorio", en la práctica fue un caso de discriminación racial directa en el empleo.

219 Véase, por ejemplo, CERD/C/USA/CO/7-9, párr. 5.

Algunos órganos regionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[220], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[221], la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[222] y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han sostenido que la intención de una parte es irrelevante para determinar la existencia de discriminación[223].

GUYANA: LA INTENCIONALIDAD EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 4, PÁRRAFO 3, DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN, 1997

Todo acto u omisión o toda práctica o política que, de forma directa o indirecta, tenga como resultado la discriminación de una persona por los motivos enunciados en el párrafo 2, constituye un acto de discriminación, independientemente de que la persona responsable de la acción u omisión o de la práctica o política tuviera o no la intención de discriminar.

Aunque los instrumentos fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas no utilizan explícitamente las expresiones discriminación directa e indirecta, los órganos de tratados de derechos humanos han reconocido de forma sistemática que ambas son formas de conducta prohibida comprendidas en el alcance del derecho a la no discriminación[224].

En su observación general núm. 20 (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó que tanto la discriminación directa como la indirecta se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 2, párrafo 2, y definió la discriminación directa como la situación en la que "un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación"[225]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha adoptado una definición similar[226]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha utilizado una formulación ligeramente más amplia, omitiendo la referencia al trato menos favorable y observando simplemente que "se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género"[227]. Ni el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ni el Comité de Derechos Humanos han tratado de definir la discriminación directa o indirecta en sus observaciones generales[228], aunque ambos Comités han reconocido los conceptos[229] y han instado a los Estados a que aprueben una ley general de igualdad que prohíba todas las formas de discriminación directa e indirecta[230].

---

220 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016, párrs. 91 y 103, y voto particular concurrente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 7, identificando como posible excepción a esta regla, la adopción de medidas de acción positiva destinadas a eliminar la discriminación *de facto*.

221 En un caso resuelto por el Tribunal, el director de una empresa hizo declaraciones públicas indicando que no se tomaría en consideración a los trabajadores migrantes para un puesto de trabajo porque "los clientes eran reacios a darles acceso a sus residencias privadas". El Tribunal no consideró que la intención del director (que, según se argumentó, estaba motivada por el deseo de retener a los clientes más que por una intención de discriminar) fuera una consideración relevante, por lo que concluyó que existía discriminación. Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV,* asunto C-54/07, sentencia de 10 de julio de 2008, párr. 16.

222 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Open Society Justice Initiative v. Côte d'Ivoire*, comunicación núm. 318/06, decisión de febrero de 2016, párr. 144.

223 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tide Méndez y otros vs. República Dominicana*, caso 12.271, informe núm. 64/12 de 29 de marzo de 2012, párr. 158.

224 Véanse, a título ilustrativo, CCPR/C/UZB/CO/5, párr. 9 a); CERD/C/PSE/CO/1-2, párr. 12 a); E/C.12/GIN/CO/1, párr. 19 a); CEDAW/C/QAT/CO/2, párr. 14 b); CRPD/C/IND/CO/1, párr. 13 a); CRC/C/BLR/CO/5-6, párr. 15 a); y CMW/C/MOZ/CO/1, párr. 28. Véase, a este respecto, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, observación general sobre discriminación basada en la raza, el color y la ascendencia nacional (2018), en la que la Comisión pide que se apruebe "legislación integral que contenga disposiciones explícitas que definan y prohíban... la discriminación directa e indirecta".

225 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 10 a).

226 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18.

227 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 16.

228 Aunque el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial hace referencia explícita a la "discriminación directa e indirecta" como epígrafe (concretamente, el B) de su recomendación general núm. 32 (2009).

229 Comité de Derechos Humanos, *Althammer y otros c. Austria* (CCPR/C/78/D/998/2001), párr. 10.2; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y otros c. la República Eslovaca* (CERD/C/66/D/31/2003), párr. 10.4.

230 Véanse, por ejemplo, CCPR/C/UZB/CO/5, párr. 9 a); y CERD/C/PSE/CO/1-2, párr. 12 a).

Los mecanismos regionales de derechos humanos han tendido a abordar los casos de discriminación directa mediante la prohibición general de la discriminación, a partir de la cual se ha detectado y diferenciado la discriminación indirecta como una forma distinta de conducta prohibida[231]. El trato diferenciado o desfavorable, en relación con uno o más motivos prohibidos, sigue siendo, no obstante, fundamental en estas definiciones[232].

LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La discriminación directa se define en las directivas de la Unión Europea relativas a la igualdad de trato como la situación en que "por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable [sobre la base de un motivo prohibido]"[233]. En el asunto *Feryn*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la declaración de un empresario, en la que afirmaba que no contrataría a empleados de un determinado origen étnico o racial, constituía discriminación directa a efectos del artículo 2, párrafo 2 a), de la directiva sobre igualdad racial. Según el Tribunal, la discriminación directa no depende de la identificación de un demandante que alega haber sido la víctima[234]. En este contexto, las declaraciones de un empresario indicando que no emplearía a personas de un determinado origen étnico eran discriminatorias en sí mismas[235].

La existencia de una diferencia de trato es una cuestión de hecho, que a menudo se pone de manifiesto mediante el uso de un elemento de comparación, es decir, una persona real o hipotética que se encuentre en

---

231 Así, por ejemplo, en sus "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights" (párr. 82 i)), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos pide a los Estados que "garanticen que en los sistemas de seguridad social no se incurra en discriminación directa o indirecta por cualquiera de los motivos de discriminación prohibidos", pero en el párrafo 1 solo se define la "discriminación indirecta". Véanse, en el mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, caso 12.361, informe núm. 85/10 de 14 de julio de 2010, párrs. 120 a 125; y Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, art. 1, párrs. 1 y 2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos define la discriminación de una forma amplia que incluye cualquier "diferencia en el trato de personas que se encuentren en situaciones análogas o pertinentemente similares" que esté "basada en una característica identificable". Tal diferencia de trato puede constituir discriminación indirecta cuando adopta "la forma de efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, aunque esté formulada en términos neutrales, discrimina a un grupo". Véase, respectivamente, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Carson and others v. the United Kingdom*, demanda núm. 42184/05, sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 61; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016, párr. 103.

232 La definición general de discriminación suele hacer referencia a distinciones, exclusiones o restricciones. Véase, por ejemplo, Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, art. 1, párr. 1. Véase también Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights", párr. 19; 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, art. 2, párr. 2; 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, art. 2, párr. 2; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 2 a) y b); y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párrs. 1 a) y 2; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 184. Véase también Comité Europeo de Derechos Sociales, *Equal Rights Trust v. Bulgaria*, denuncia núm. 121/2016, decisión (fondo) de 16 de octubre de 2018, párr. 87.

233 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, art. 2, párr. 2 a); 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, art. 2, párr. 2 a); Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 2 a); y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párr. 1 a).

234 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, asunto C-54/07, sentencia de 10 de julio de 2008, párr. 25. Véase, a este respecto, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Koptova c. la República Eslovaca*, comunicación núm. 13/1998, párr. 8.2, en el que el Comité citó su dictamen anterior de que Anna Koptova era una "víctima" en virtud del artículo 14, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, ya que pertenecía al grupo de población (romaní) directamente afectado por las resoluciones discriminatorias promulgadas por el Estado.

235 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, asunto C-54/07, sentencia de 10 de julio de 2008, párr. 34. Véase, a este respecto, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, asunto C-81/12, sentencia de 25 de abril de 2013; y *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, asunto C-507/18, sentencia de 23 de abril de 2020.

una situación similar a la del demandante y que no tenga la característica en cuestión[236]. Sin embargo, quizá no siempre sea posible establecer un elemento de comparación y no es obligatorio designarlo para demostrar que se ha producido discriminación.

b) Discriminación indirecta

RESUMEN

- **La discriminación indirecta consiste en la aplicación de normas neutrales en apariencia pero que perjudican de manera desproporcionada a las personas que comparten una característica determinada.**
- **La legislación contra la discriminación debe prohibir la discriminación indirecta. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, un criterio o una práctica perjudican o podrían perjudicar de manera desproporcionada a las personas que posean una condición o una característica asociadas a uno o más motivos de discriminación.**

La discriminación indirecta se produce cuando la aplicación de una norma o práctica tiene o podría tener una repercusión menos favorable sobre quienes comparten una característica determinada. La discriminación indirecta conlleva la existencia de normas, políticas o prácticas en apariencia neutrales y universales —que se aplican a todos por igual y no hacen referencia a una característica concreta— pero que tienen un impacto desproporcionado sobre quienes comparten una característica determinada. Por ejemplo, un anuncio de trabajo para bomberos que especifique un requisito de altura que puede afectar de forma desproporcionada a las mujeres (que son, en promedio, más bajas que los hombres) o las normas sobre uniformes escolares que prohíben cubrirse la cabeza o la cara, lo que perjudicaría a los niños judíos o sijs observantes y a las niñas judías ortodoxas o musulmanas, así como a algunas niñas romaníes o de otras minorías, respectivamente.

Así, mientras que la discriminación directa implica un trato diferente y menos favorable en función de una característica concreta, la discriminación indirecta implica un trato idéntico, pero con repercusiones diferentes y menos favorables. A menudo existe confusión sobre la diferencia entre discriminación directa e indirecta. Es importante señalar que la diferencia no radica en la gravedad. Tanto la discriminación directa como la indirecta pueden tener repercusiones graves y duraderas. La diferencia entre los conceptos tampoco tiene que ver con la intención o el grado de transparencia con respecto a sus motivos de la parte que incurre en discriminación. Como se ha indicado anteriormente, la discriminación directa puede ser tanto intencionada como no intencionada[237] y puede ser tanto abierta (manifiesta y transparente) como encubierta (oculta)[238].

La discriminación indirecta está bien establecida como forma de discriminación en el derecho internacional y regional. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han reconocido la necesidad de prohibir la discriminación indirecta a fin de garantizar el pleno disfrute del derecho a la no discriminación adoptando una definición ampliamente coherente[239]. En todos los casos, esta definición se centra en una ley, política o práctica aparentemente neutral que tiene un impacto negativo desproporcionado sobre los derechos de las personas pertenecientes a un grupo protegido[240]. Como se ha

---

[236] Véase la sección I.A.2 b) de esta parte sobre los elementos de comparación.

[237] Como se ha observado anteriormente, en los casos de discriminación directa es posible que no exista intención, mientras que en algunas circunstancias una ley en principio neutral puede aprobarse con la clara intención de discriminar a un grupo protegido. Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y otros c. la República Eslovaca* (CERD/C/66/D/31/2003), párr. 10.5.

[238] Véase el análisis sobre la intención en la sección I.A.2 a) de la segunda parte de la presente guía.

[239] Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 7 y 10; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 b); y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 16.

[240] En su interpretación del artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido la discriminación indirecta como "leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos... afectados por los motivos prohibidos de discriminación". El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha adoptado una definición similar. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 10 b); y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 b).

indicado anteriormente, tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como el Comité de Derechos Humanos definen la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia... que tengan" por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades"[241]. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han reconocido la obligación de los Estados de eliminar las formas de discriminación directa e indirecta[242]. Los sistemas de derechos humanos de África[243], de Interamérica[244], y de la Unión Europea[245], así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[246], han adoptado definiciones de discriminación indirecta similares a las utilizadas por los organismos internacionales, con escasas divergencias de enfoque.

ARTÍCULO 1, PARRAFO 2, DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

"Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos".

Como se analiza en la sección I.A.4 de la segunda parte, más adelante, las normas, políticas o prácticas que producen impactos diferenciales pueden estar justificadas cuando se establecen sobre la base de criterios objetivos y razonables y son un medio proporcionado para alcanzar un objetivo legítimo[247].

ELEMENTOS DE COMPARACIÓN

Uno de los medios para determinar si se ha producido discriminación directa es demostrar que el demandante ha recibido un trato menos favorable que otra persona u otro grupo de personas en una situación similar. Asimismo, un medio para demostrar la discriminación indirecta consiste en demostrar que un grupo de personas que comparten una característica determinada ha experimentado efectos desproporcionados derivados de la aplicación de una norma, en comparación con otro grupo. En tales casos, la otra persona o el grupo de personas con los que se compara al demandante se denomina "elemento de comparación".

---

241 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 7.

242 CCPR/C/UZB/CO/5, párr. 9 a); y CERD/C/PSE/CO/1-2, párr. 12 a). Véase, a este respecto, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, observación general sobre discriminación basada en la raza, el color y la ascendencia nacional (2018), en la que la Comisión pide que se apruebe "legislación integral que contenga disposiciones explícitas que definan y prohíban... la discriminación directa e indirecta".

243 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights", párr. 1 m).

244 Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, caso 12.361, informe núm. 85/10 de 14 de julio de 2010, párrs. 123 y 125. Véase también la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, art. 1, párr. 2.

245 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, art. 2, párr. 2 b); 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, art. 2, párr. 2 b); Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 2 b); y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párr. 1 b).

246 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 184. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha adoptado un enfoque distinto en su definición de discriminación indirecta. Según el Comité: La discriminación indirecta puede producirse por no tener en cuenta de manera debida y positiva todas las diferencias pertinentes o por no adoptar las medidas adecuadas para garantizar que los derechos y las ventajas colectivas reconocidos a todos sean realmente accesibles por y para todas las personas. Véase Comité Europeo de Derechos Sociales, *Equal Rights Trust v. Bulgaria*, denuncia núm. 121/2016, decisión (fondo) de 16 de octubre de 2018, párr. 87.

247 Véase, en particular, la sección I.A.4 b) de la segunda parte de la presente guía.

El uso de elementos de comparación es un medio habitual, aunque no indispensable, para determinar si se ha producido discriminación. El derecho internacional reconoce que la discriminación puede establecerse sin hacer referencia a un elemento de comparación; solo es necesario demostrar que el demandante ha sufrido un perjuicio relacionado con un motivo de discriminación. Además, no es necesario que el elemento de comparación sea real; existe un amplio consenso en que este puede ser hipotético.

El uso de elementos de comparación se ha analizado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal ha sostenido en varios casos que el decisor debe determinar si existe una diferencia de trato de "personas en una situación análoga o relevantemente similar"[248], indicando que el requisito de demostrar una situación análoga no exige que los grupos comparados sean idénticos. También ha sostenido que los demandantes deben poder demostrar que, en relación con la naturaleza particular de sus denuncias, su situación guarda una similitud pertinente con la de otras personas que recibían un trato distinto[249]. Los elementos que caracterizan situaciones diferentes y determinan su comparabilidad deben evaluarse a la luz del objeto y la finalidad de la medida que establece la distinción en cuestión[250]. En otras palabras, el análisis de la cuestión de si dos personas o grupos se encuentran en una situación comparable a efectos de evaluar el trato diferenciado y la discriminación es específico y contextual[251]. En su jurisprudencia sobre la cuestión, la Cámara de los Lores del Reino Unido ha afirmado que "a menos que existan diferencias pertinentes muy obvias entre las dos situaciones, es mejor concentrarse en las razones de la diferencia de trato y en si equivalen a una justificación objetiva y razonable"[252].

Los elementos de comparación son solo un medio para determinar que se ha producido una discriminación directa o indirecta. Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han observado que la discriminación puede incluir "actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable"[253]. Este principio tiene una importancia fundamental, ya que a las víctimas de discriminación les puede resultar difícil establecer un elemento de comparación —real o hipotético—[254] y a menudo puede ser perjudicial para su denuncia. Así pues, en los casos de discriminación directa e indirecta, es ilegítimo desestimar una demanda basándose en el hecho de que no se dispone de un elemento de comparación.

No es necesario utilizar un elemento de comparación —y de hecho es inapropiado— al examinar denuncias de acoso, de denegación de ajustes razonables o de victimización, conceptos que se analizan más adelante.

---

248 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Molla Sali v. Greece*, demanda núm. 20452/14, sentencia de 19 de diciembre de 2018, párr. 133; *Fábián v. Hungary*, demanda núm. 78117/13, sentencia de 5 de septiembre de 2017, párr. 113; *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, demanda núms. 60367/08 y 961/11, sentencia de 24 de enero de 2017, párr. 64; *X and others v. Austria*, demanda núm. 19010/07, sentencia de19 de febrero de 2013, párr. 98; *Konstantin Markin v. Russia*, demanda núm. 30078/06, sentencia de 22 de marzo de 2012, párr. 125; *Burden v. the United Kingdom*, demanda núm. 13378/08, sentencia de 29 de abril de 2008, párr. 60; *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 175; *Zarb Adami v. Malta*, demanda núm. 17209/02, sentencia de 20 de junio de 2006, párr. 71; y *Kafkaris v. Cyprus*, demanda núm. 21906/04, 12 de febrero de 2008, párr. 160.

249 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fábián v. Hungary*, demanda núm. 78117/13, sentencia de 5 de septiembre de 2017, párr. 113; y *Clift v. the United Kingdom*, demanda núm. 7205/07, 13 de julio de 2010, párr. 66.

250 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fábián v. Hungary*, demanda núm. 78117/13, sentencia de 5 de septiembre de 2017, párr. 121.

251 Para obtener más información acerca del enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el uso de elementos de comparación, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention: Prohibition of Discrimination* (Estrasburgo, 2021), párrs. 52 a 61. Puede consultare una sinopsis del enfoque del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los elementos de comparación, incluidas las excepciones a la regla, véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Handbook on European Non-Discrimination Law* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018), págs. 44 a 49.

252 *Al (Serbia) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 42, robservaciones de la Baronesa Hale de Richmond.

253 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 10 a); y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 a).

254 Véase, por ejemplo, en el contexto del embarazo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 10 a); y, a este respecto, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, asunto C-177/88, sentencia de 8 de noviembre de 1990.

c) Acoso basado en un motivo

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe prohibir el acoso. El acoso basado en un motivo se produce cuando tiene lugar un comportamiento no deseado relacionado con cualquier motivo de discriminación que tenga por objeto o resultado atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.**
- **El acoso puede ser intencionado, o no.**
- **El acoso sexual es una forma distinta de perjuicio que conlleva una conducta de naturaleza sexual. La prohibición del acoso sexual es una obligación específica paralela de los Estados. Cuando la prohibición del acoso sexual se establezca en la legislación contra la discriminación, deberá definirse por separado y figurar junto a la prohibición del acoso basado en un motivo.**

El acoso basado en un motivo es una forma de discriminación que se produce cuando una persona experimenta una conducta no deseada, relacionada con un motivo de discriminación, que atenta contra la dignidad y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, o que tiene este objetivo, aunque sea infructuosa. En esta definición cabe incluir una amplia gama de actos, incluidas las palabras, las acciones y otros comportamientos de una persona[255]. Al igual que ocurre con otras formas de discriminación, la intención o la motivación no son necesarias para demostrar el acoso; basta con que la conducta en cuestión tenga el efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno hostil[256].

El acoso basado en un motivo también puede producirse cuando se excluye o se ataca deliberadamente a una persona o a un grupo por razón de una característica protegida. En la India, por ejemplo, los activistas contra la discriminación han puesto de manifiesto su preocupación por la práctica de la exclusión social o el boicot económico de personas por una comunidad determinada, debido a su casta, religión u origen étnico.

En algunas jurisdicciones existe un delito de acoso independiente y separado que no forma parte de la legislación contra la discriminación[257]. Estos delitos abarcan, por ejemplo, el maltrato, la intimidación, los tocamientos no deseados u otros comportamientos que hacen que una persona esté angustiada o se sienta amenazada, pero que no están relacionados con un motivo de discriminación. La legislación que regula estos delitos queda fuera del ámbito de la presente guía.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que el acoso es una forma de discriminación en el sentido del artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[258], mientras que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo ha identificado como una de las "cuatro formas principales" de discriminación prohibidas en virtud de la Convención pertinente[259]. Otros órganos de tratados también han reconocido el acoso como una forma de conducta prohibida en sus evaluaciones sobre el ejercicio por los Estados a la no discriminación en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de

[255] Véase, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 d).

[256] Véase el análisis sobre la intención en la sección I.A.2 a) de la segunda parte de la presente guía.

[257] Véase, por ejemplo, Reino Unido, Ley de Protección contra el Acoso, 1997.

[258] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 7.

[259] Que se define como "un comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad u otro motivo prohibido que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo". Las otras "formas principales" de discriminación identificadas son la discriminación directa, la discriminación indirecta y la denegación de ajustes razonables. Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 d).

Derechos Civiles y Políticos[260]. El acoso sexual es una forma de perjuicio distinta pero conexa que tiene una definición autónoma en el derecho internacional.

ACOSO SEXUAL

De conformidad con la legislación de la Unión Europea, el acoso (que puede producirse por razón del sexo de una persona, así como por otros motivos) y el acoso sexual se definen por separado como formas diferenciadas de perjuicio. Aunque ambos delitos incluyen conductas que atentan contra la dignidad humana y tienen por efecto crear "un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"[261], el acoso sexual se refiere específicamente a conductas de naturaleza sexual y no es necesario que esté relacionado con una característica protegida[262].

Entre los ejemplos de acoso sexual se incluyen los comentarios sexuales, la exhibición de material pornográfico o sexualmente explícito, así como las formas de contacto sexual, que pueden constituir delitos independientes en virtud del derecho penal[263]. En sus recientes observaciones finales, tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como los Comités de Derechos Humanos han pedido a los Estados que prohíban el acoso sexual en sus regímenes jurídicos nacionales[264]. Estas prohibiciones deben ser adicionales y ubicarse junto a las prohibiciones del acoso basado en un motivo, tal y como se define en esta sección[265].

En distinta medida, cada uno de los sistemas regionales de derechos humanos ha reconocido el acoso como una forma de conducta prohibida. El acoso está explícitamente prohibido en las directivas de la Unión Europea relativas a la igualdad de trato[266]. En sus orientaciones sobre el derecho a la no discriminación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha identificado el acoso como una manifestación particular de discriminación directa[267]. Aunque la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han examinado principalmente el acoso en el contexto del acoso sexual[268], ambas han aplicado el principio con respecto a una lista más amplia de motivos[269]. En particular, la Comisión Africana

---

260 Véase, por ejemplo, CCPR/C/BLR/CO/5, párr. 19; CERD/C/ITA/CO/19-20, párr. 25; y CEDAW/C/JPN/CO/7-8, párrs. 12 e) y 13 c). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha observado asimismo que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 1, párrafo 1 a), del Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111) abarca "el acoso basado en la discriminación". Véase Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, observación general sobre discriminación basada en la raza, el color y la ascendencia nacional (2018).

261 Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párr. 1 c) a d).

262 *Ibid*., art. 2, párr. 1 d).

263 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19 (1992), párr. 18.

264 Véanse, por ejemplo, CCPR/C/JAM/CO/4, párr. 24; y E/C.12/TKM/CO/2, párr. 21 f).

265 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 23 (2016), párr. 48.

266 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, art. 2, párr. 3; 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, art. 2, párr. 3; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, arts. 2 c) y 4, párr. 3; y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párrs. 1 c) y 2 a). Además, las Directivas 2004/113/CE, art. 2 d), y 2006/54/CE, art. 2, párr. 1 d), definen el acoso sexual por separado para incluir "cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

267 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention: Prohibition of Discrimination*, párr. 30.

268 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violence and Discrimination against Women and Girls: Best Practices and Challenges in Latin America and the Caribbean* (OEA/Ser.L/V/II, Doc.233/19) (2019); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights", párr. 59 k).

269 Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha condenado los actos de acoso cometidos contra personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y ha pedido a los Estados que "adopten y hagan cumplir medidas efectivas para prevenir la discriminación" contra estas personas "en las instituciones educativas públicas y privadas". Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "La CIDH expresa preocupación por la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI en el contexto de la educación y la familia", 22 de noviembre de 2013.

de Derechos Humanos y de los Pueblos ha observado que: "El acoso puede constituir discriminación por motivos de raza, color, religión, origen nacional, edad, sexo/género, orientación sexual discapacidad u otra condición"[270]. La Comisión ha pedido además a los Estados que aprueben y hagan cumplir leyes e introduzcan medidas de aplicación para hacer frente a las formas de acoso en el lugar de trabajo[271].

ARMENIA: ACOSO BASADO EN UN MOTIVO EN EL MARCO DEL PROYECTO DE LEY PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD

El artículo 5, párrafos 1 y 6, del proyecto de ley de Armenia para garantizar la igualdad define el acoso como: un trato no deseado contra una persona por razón de una o varias características protegidas o en asociación con ellas, con el efecto o el propósito de crear un entorno poco amistoso, hostil, ofensivo, humillante o negativo para esa persona.

EL ACOSO EN EL MARCO DEL CONVENIO SOBRE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2019 (NÚM. 190)

En 2019 la OIT aprobó el Convenio sobre la Violencia y el Acoso, 2019 (núm. 190). De conformidad con el artículo 1, párrafo 1, del Convenio, la expresión "violencia y acoso" abarca "un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico". Aunque cabe destacar que esta definición establece un umbral de acoso más elevado que el utilizado por los órganos de tratados, no deja de ser un refuerzo de las normas por la OIT que cabe acoger con satisfacción. También es notable que la definición incluya formas de acoso por razón de sexo y el acoso sexual[272].

En virtud del artículo 6 del Convenio, los Estados se comprometen a "adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación", incluso para aquellas "personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo". En virtud del artículo 7, los Estados se comprometen además a definir la violencia y el acoso en sus marcos jurídicos nacionales.

El acoso basado en un motivo suele estar prohibido en el ámbito laboral. Por ejemplo, el artículo 7, párrafo 5, de la Ley de Empleo y Relaciones Laborales, 2004, de la República Unida de Tanzania establece que: "El acoso a un empleado será una forma de discriminación y estará prohibido por cualquiera de los motivos establecidos en el párrafo 4, o por una combinación de ellos".

Sin embargo, el alcance material de la prohibición de la discriminación en el derecho internacional se extiende más allá del sector laboral e incluye todos los ámbitos de la vida regulados por la ley[273], y los órganos de tratados han reconocido la obligación de los Estados de prohibir el acoso en diversos ámbitos de la vida, como la educación[274] y la atención sanitaria[275]. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha reconocido el valor de un enfoque integral para afrontar la discriminación, y ha observado que "en la mayor parte de los casos se necesita una amplia legislación

---

[270] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights", párr. 59 k).

[271] *Ibid*.

[272] Véase también la Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206), de la OIT.

[273] Véase la sección I.A.3 de la segunda parte de la presente guía.

[274] Véase, por ejemplo, en relación con el acoso racial a estudiantes romaníes. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 27 (2000), párr. 20.

[275] Por ejemplo, en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), párr. 31.

sobre lucha contra la discriminación para garantizar la aplicación efectiva del Convenio [sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación)]"[276].

Cuando los organismos internacionales y regionales han definido el acoso, la definición contiene los mismos elementos centrales: conducta no deseada relacionada con un motivo prohibido que tiene lugar "con el propósito o efecto" de "atentar contra la dignidad de una persona" y de "crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"[277]. Cuando los organismos internacionales y regionales han definido el acoso, la definición contiene los mismos elementos centrales: conducta no deseada relacionada con un motivo prohibido que tiene lugar "con el propósito o efecto" de "atentar contra la dignidad de una persona" y de "crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"[278].

d) Denegación de ajustes razonables

RESUMEN

- **La denegación de ajustes razonables** es una forma de discriminación que es preciso prohibir en la legislación contra la discriminación. Debe definirse de la siguiente manera:

  Por ajustes razonables se entienden las modificaciones o adaptaciones necesarias y adecuadas, o el apoyo, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás personas, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la participación en igualdad de condiciones en cualquier ámbito de la vida regulado por la ley. La denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación.

Para garantizar que todas las personas puedan participar en la sociedad en igualdad de condiciones, tal vez sea necesario introducir modificaciones o ajustes en las normas, prácticas, medios de comunicación e infraestructuras físicas o de otro tipo. Estas adaptaciones se conocen como "ajustes razonables". La denegación de ajustes razonables en un caso concreto —cuando esos ajustes no impongan una "carga desproporcionada o indebida"— está reconocida como una forma de discriminación en el derecho internacional.

FILIPINAS: AJUSTES RAZONABLES POR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Artículo 3 u)

Por "ajustes razonables"se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La denegación de ajustes razonables se incluye como una forma de discriminación respecto de la discapacidad en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[279] y ha sido reconocida

---

[276] OIT, "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", Informe III (Parte 1A), párr. 109.

[277] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 d); 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, art. 2, párr. 3; 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, art. 2, párr. 3; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 2 c); y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párr. 1 c).

[278] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 23 (2016), párr. 48.

[279] Véase también Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 17 y 18 c).

como tal por los órganos de tratados, entre ellos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[280], el Comité de Derechos Humanos[281] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[282]. En su jurisprudencia reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado una violación del derecho a la no discriminación en virtud del artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debido a la denegación de ajustes razonables y de medidas de accesibilidad para las personas con discapacidad[283]. El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África establece que la "discriminación por motivos de discapacidad" incluye la denegación de ajustes razonables[284]. En sus observaciones finales, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha formulado recomendaciones pertinentes a los Estados[285]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que la introducción de ajustes razonables es parte del derecho a la no discriminación por motivos de discapacidad[286], mientras que en la legislación de la Unión Europea, la obligación de introducir ajustes se ha concebido como parte del principio de igualdad de trato[287].

EVOLUCIÓN DE LA COMPRENSIÓN DEL CONCEPTO DE AJUSTES RAZONABLES

Aunque la obligación de introducir ajustes se suele mencionar en el marco de la discriminación por motivos de discapacidad, el concepto también se ha aplicado con respecto a otros motivos. En el Canadá, por ejemplo, los tribunales han reconocido la obligación legal de realizar ajustes razonables (entre otras cosas) en relación con la edad, el origen étnico y racial, el sexo y el género[288].

Tras las modificaciones introducidas en el Código de Derechos Humanos de Ontario en 2012[289], la Comisión de Derechos Humanos de esta provincia ha aclarado que la obligación de realizar ajustes también se hace extensiva a los motivos de identidad de género y expresión de género[290]. Todos los ajustes que se ofrezcan deben ser "apropiados", y garantizar: a) el respeto de la dignidad; b) la individualización; c) la integración y la plena participación; y d) el diseño inclusivo. Para la aplicación de estos principios, la Comisión cita el siguiente ejemplo:

> **Una socia de un gimnasio está en proceso de transición para identificarse públicamente como mujer. Ya no le parece apropiado ni seguro utilizar el vestuario de hombres, pero aún no se siente cómoda utilizando el de mujeres. El gerente del club examina con ella soluciones provisionales, por ejemplo, una cortina o mampara de privacidad en las zonas de duchas y vestuarios de mujeres u hombres, o el acceso a un espacio privado para el personal.**

---

280 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 28.

281 Véase, por ejemplo, CCPR/C/BGR/CO/4, párr. 17.

282 Véase, por ejemplo, en el contexto del derecho a la educación, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 36 (2017), párr. 46 f).

283 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, sentencia de 29 de febrero de 2016, párrs. 215 y 219. Véase también el voto particular del juez Roberto F. Caldas.

284 Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África, art. 1.

285 Véase, por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Concluding observations and recommendations on the initial and combined periodic report of the Republic of Malawi on the implementation of the African Charter on Human and Peoples' Rights (1995–2013)" (Banjul, 2015), párr. 132.

286 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Çam v. Turkey*, demanda núm. 51500/08, sentencia de 23 de febrero de 2016, párrs. 65, 67 y 69.

287 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, art. 5.

288 Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, véase Emmanuelle Bribosia e Isabelle Rorive (European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field), *Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013), págs. 14 a 19, y las referencias allí citadas.

289 Ontario, el Canadá, Ley Toby (Derecho a no sufrir discriminación ni acoso por motivos de identidad o expresión de género), 2012. En 2017 se introdujeron modificaciones similares en la Ley de Derechos Humanos del Canadá, que se aplica a las actividades reguladas a nivel federal. Véase Ley de Derechos Humanos del Canadá, 1985.

290 Comisión de Derechos Humanos de Ontario, *Policy on Preventing Discrimination Because of Gender Identity and Gender Expression* (Ontario, 2014), art. 8.

> **El club también está estudiando opciones más inclusivas y universales para el futuro, como la construcción de un lugar que ofrezca privacidad y sea accesible en cada vestuario, y/o un aseo neutro en cuanto al género, universal y para un solo usuario con ducha y espacio para cambiarse[291].**

La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha escrito mucho sobre la importancia de los ajustes razonables para el ejercicio del derecho a la libertad de religión, y ha observado que: "Las políticas de eliminación de la discriminación no pueden ser totalmente eficaces a menos que también prevean la aplicación de medidas de ajuste razonable"[292]. En este contexto, los ajustes razonables se consideran un medio para eliminar las consecuencias indirectamente discriminatorias de una política o medida neutral[293]. Así, por ejemplo, a fin de eliminar la discriminación y garantizar la igualdad de participación en el empleo, tal vez sea necesario adaptar los horarios de trabajo para ajustarlos a los días de observancia, o ajustar los requisitos para que reflejen la vestimenta religiosa[294].

Se ha argumentado en otros foros que la prueba de justificación aplicada en los casos de discriminación, que consiste en evaluar la necesidad de una medida, y la detección de medios menos restrictivos para alcanzar un objetivo legítimo, pueden conllevar la obligación general de adaptarse a las diferencias por una amplia gama de motivos[295].

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad define los "ajustes razonables" como "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"[296]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos[297] y el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África han utilizado una definición similar, aunque en este último caso se omite la expresión "que no impongan una carga desproporcionada o indebida"[298].

DENEGACIÓN DE LA ACCESIBILIDAD

La obligación de garantizar la accesibilidad está prevista en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece que los Estados: "adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público".

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido una distinción entre "las obligaciones relacionadas con los ajustes razonables" y "las obligaciones en materia de accesibilidad"[299]. Mientras que los ajustes razonables se ofrecen a nivel individual[300], "las obligaciones relacionadas con

---

[291] *Ibid*., art. 8.2.5.

[292] A/69/261, párr. 71.

[293] *Ibid*., párr. 70.

[294] *Ibid*., párr. 46. El *Compliance Manual on Religious Discrimination* de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos cita varios ejemplos de denegación de ajustes razonables que —de no imponer una carga desproporcionada— pueden constituir un caso de discriminación religiosa en virtud del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Esto incluye, entre otras cosas, la denegación de ajustes en las normas sobre vestimenta o cuidado personal; la denegación del uso de una sala desocupada como lugar de oración; y la denegación de ajustes en relación con las festividades religiosas.

[295] Bribosia y Rorive, *Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?*, pág. 22.

[296] Para un análisis más detallado sobre las justificaciones en el ámbito de la legislación contra la discriminación, véase la sección I.A.4 de esta parte.

[297] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Çam v. Turkey*, demanda núm. 51500/08, sentencia de 23 de febrero de 2016, párr. 65.

[298] Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África, art. 1.

[299] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 24.

[300] *Ibid*., 24 b).

la accesibilidad se refieren a los grupos y deben aplicarse de forma gradual, pero sin condiciones"[301]. Así pues, la accesibilidad se invoca predominantemente como una obligación y una responsabilidad del Estado[302]. Las obligaciones en materia de accesibilidad se tratan con más detalle en la sección I.C.1 de la segunda parte de la presente guía, dedicada a las obligaciones relativas a la igualdad.

No obstante, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha aclarado que, en determinadas circunstancias, la denegación de la accesibilidad puede constituir una forma de discriminación. El Comité ha detectado dos situaciones en las que la denegación de la accesibilidad debe considerarse un acto prohibido de discriminación: a) "cuando el servicio o instalación se haya establecido después de la introducción de las normas de accesibilidad pertinentes"; y b) "cuando podría haberse concedido acceso a la instalación o el servicio (en el momento en que se creó) mediante la introducción de ajustes razonables"[303].

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que el derecho a los ajustes razonables es un requisito inmediato[304], y se aplica "cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes"[305]. La palabra "razonable" se refiere a la "pertinencia, idoneidad y eficacia" de una medida en relación con su objetivo declarado de garantizar la igualdad de participación[306], más que al coste o la viabilidad de la introducción de un ajuste solicitado. Esta evaluación —para determinar si un ajuste impone una "carga desproporcionada o indebida"— es una segunda fase del análisis[307], que se centra en dilucidar si la denegación de ajustes puede justificarse, como se expone con mayor detalle en la sección I.A.4 a) de la segunda parte de la presente guía.

e) Segregación

RESUMEN

- **Las leyes generales contra la discriminación deben definir y prohibir la segregación. La segregación ha de definirse de la siguiente manera:**

  La segregación se produce cuando las personas que comparten una característica determinada son separadas, sin su consentimiento pleno, libre e informado, y se les proporciona un acceso diferente a las instituciones, los bienes, los servicios, los derechos o el entorno físico. La segregación racial es inaceptable.

Aunque el término "segregación" no se define explícitamente en ninguno de los tratados fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas, ha sido ampliamente reconocido como una forma grave de discriminación, que se produce cuando se separa de forma coercitiva a personas que comparten una característica determinada y se les proporciona un acceso diferente a las instituciones, los bienes, los servicios o los derechos en comparación con otro grupo o con la población en general. La segregación conlleva generalmente —aunque no siempre— cierto grado de separación forzada u obligada, aislamiento o exclusión. En la práctica, coacción u obligación en este contexto significa la falta de consentimiento pleno, libre e informado de la persona o del grupo en cuestión. El consentimiento pleno, libre e informado debe obtenerse sin un entorno coercitivo y puede revocarse en todo momento.

Si bien la segregación suele considerarse en términos espaciales, también puede conllevar medidas jurídicas, políticas o consuetudinarias destinadas a imponer otras formas de separación. Así, por ejemplo, en la célebre causa *Loving v. Virginia*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminó que las leyes que prohibían

---

301 *Ibid*., párr. 41 a).

302 *Ibid*., párr. 40.

303 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014), párr. 31.

304 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 24 b).

305 *Ibid*.

306 *Ibid*., párr. 25 a).

307 *Ibid*., párr. 25 b).

el matrimonio interracial —e imponían así la segregación racial en las relaciones familiares— violaban las garantías constitucionales de igualdad, igual protección y no discriminación[308].

La prohibición de la segregación se gestó principalmente en el contexto de la segregación racial y está claramente establecido que la segregación está prohibida por este motivo y por otros conexos, incluida la casta[309]. Actualmente también se ha reconocido de forma amplia que la segregación es una forma de conducta prohibida que puede surgir en relación con diversos motivos de discriminación o por motivos múltiples o interseccionales. Además de la discriminación racial, los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas han expresado su preocupación respecto de la segregación por motivos de edad[310], discapacidad[311], identidad de género y expresión de género[312], sexo[313] y orientación sexual[314]. Por ejemplo, la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad ha afirmado que la planificación urbana debería "facilitar la participación de las personas de edad [...] y evitar la segregación"[315]. El Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género ha recomendado a los Estados que revisen y actualicen "las políticas sobre el uso del espacio público que hacen diferencias de género, y de las políticas que rigen el acceso a espacios separados tales como instalaciones sanitarias y vestuarios"[316].

LA SEGREGACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

La impugnación legal de la separación forzosa por motivos de raza fue una cuestión esencial para el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos. En ese país, la doctrina jurídica —afirmada en particular en la causa *Plessy v. Ferguson* del Tribunal Supremo de 1896— autorizaba las disposiciones denominadas "separados pero iguales":

> **Una norma que implica meramente una distinción legal entre las razas blanca y de color... no tiende a destruir la igualdad jurídica de las dos razas[317].**

Casi 60 años después, este precedente discriminatorio fue anulado en la histórica causa *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), relativa a la segregación racial en la educación pública. La cuestión que examinó el Tribunal en la causa *Brown* fue: ¿la segregación de los niños en las escuelas públicas únicamente por motivos de raza, aunque las instalaciones físicas y otros factores tangibles sean iguales, priva a los niños

---

[308] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967.

[309] Sobre los motivos relativos a la ascendencia, incluida la casta, véase, en particular, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 29 (2002), párrs. a) y n) a q).

[310] Véase, entre otros, A/HRC/39/50, así como A/HRC/30/43. En su observación general núm. 6 (1995), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recordó el principio 7 de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad (resolución 46/91 de la Asamblea General, anexo), a saber, que: "las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes" (párr. 39 de la observación general).

[311] Véanse, por ejemplo, A/71/314, párr. 6; CRPD/C/HUN/CO/1, párr. 33; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 5 (2017), en particular el párr. 16 c); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 56 y 64; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 4 (2016), párrs. 11 y 13; CRPD/C/TUR/CO/1, párr. 48 a); CRPD/C/IND/CO/1, párrs. 6 b) y 50 a); CRPD/C/IRQ/CO/1, párr. 43 a); CRC/C/PSE/CO/1, párr. 54 b); CRC/C/MDA/CO/4-5, párr. 29 c); CRC/C/QAT/CO/3-4, párr. 29 c); CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 51; CERD/C/CZE/CO/12-13, párr. 17; CCPR/C/AZE/CO/4, párr. 10; E/C.12/MEX/CO/5-6, párrs. 65 e) y 66 e); E/C.12/VNM/CO/2-4, párr. 15; y CEDAW/C/AUL/CO/7, párr. 38.

[312] Véase, por ejemplo, CAT/C/BLR/CO/5, párrs. 29 y 30. Véase también ACNUDH, *Vivir libres e iguales: qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex* (Nueva York y Ginebra, 2016), pág. 44.

[313] Véanse, por ejemplo, CEDAW/C/KOR/CO/8, párrs. 30 y 31 ; CEDAW/C/EST/CO/5-6, párr. 29; y CEDAW/C/SVK/CO/5-6, párrs. 20, 28 y 30.

[314] Véase CAT/C/BLR/CO/5, párrs. 29 y 30. Véase también ACNUDH, *Vivir libres e iguales*, pág. 42.

[315] A/HRC/39/50, párr. 30. La Asamblea General ha encomendado al Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento el mandato de examinar el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinar sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas. Véase la resolución 65/182 de la Asamblea General, párr. 28.

[316] A/74/181, párrs. 7 y 101 e).

[317] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), pág 543.

del grupo minoritario de la igualdad de oportunidades educativas[318]? El Tribunal determinó: "creemos que sí[319], y alegó, además, que la doctrina de "separados pero iguales" no tenía cabida en el ámbito de la educación pública"[320].

El Tribunal sostuvo que las instalaciones educativas separadas eran intrínsecamente desiguales y que los demandantes, debido a la segregación denunciada, fueron privados de la igual protección de la ley garantizada por la Decimocuarta Enmienda"[321].

La segregación está explícitamente prohibida en el artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en virtud del cual los Estados "condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza"[322]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general núm. 20 (2009), señaló que, de conformidad con el artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados "deben adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación"[323]. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad utiliza la palabra "separación" de forma explícita en el artículo 19, sobre la vida independiente, y en el artículo 23, utiliza "segregación" en relación con los niños y las niñas con discapacidad[324]. En términos más generales, el artículo 3 menciona la "inclusión" como uno de los ocho "principios generales" de la Convención[325]; de conformidad con ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha afirmado que "el derecho a la no discriminación incluye el derecho a no ser objeto de segregación"[326] y ha afirmado que la segregación en ámbitos como el empleo y la educación infringe las obligaciones generales de los Estados partes en materia de no discriminación e igualdad[327].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha desarrollado las obligaciones de los Estados en virtud del artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El Comité ha sostenido que la segregación puede surgir "sin ninguna iniciativa o participación directa de las autoridades públicas"[328] y ha observado que los Estados tienen la obligación positiva de poner fin a la segregación surgida bajo anteriores Gobiernos[329]. Ha recomendado que los Estados: vigilen las tendencias que puedan dar lugar a la segregación y se esfuercen por erradicar las consecuencias de la segregación; se comprometan a prevenir, prohibir y erradicar la segregación; garanticen "a toda persona el derecho de acceso, en pie de igualdad y no discriminatorio, a todo lugar o servicio cuyo uso se haya previsto para el público en general"; y tomen "medidas para promover comunidades mixtas"[330].

Como se ha observado, el artículo 19 b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a los servicios de apoyo necesarios "para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta". El artículo 23, párrafo 3, de la Convención dispone que los Estados deben "prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad". En términos más generales, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha concluido que la segregación constituye una violación de diversas disposiciones de la Convención. Por tanto, el Comité ha

---

318 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), pág. 493.

319 *Ibid.*

320 *Ibid.*, p. 495.

321 *Ibid.*

322 Además de esta disposición, el *apartheid* es un crimen a efectos del derecho penal internacional. En el Estatuto de Roma se define el crimen de *apartheid* como "actos inhumanos... cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales". Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7, párr. 2, h).

323 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 39.

324 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 19 b) y 23, párr. 3.

325 *Ibid.*, art. 3 (c).

326 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 4 (2016), párr. 13.

327 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 30, 64, 67 a) y 73 c).

328 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 19 (1995), párr. 4.

329 *Ibid.*, párr. 2.

330 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 29 (2002), párrs. p) y q).

observado que la segregación es una forma de la violencia, malos tratos y otros castigos crueles y degradantes, prohibidos por los artículos 15 y 16[331]. El Comité también ha afirmado que los modelos segregados de educación contravienen tanto el artículo 5 como el artículo 24 de la Convención[332] y ha manifestado sistemáticamente su preocupación por la segregación en la educación en sus exámenes periódicos de los Estados[333]. El Comité ha expresado su preocupación por los acuerdos de empleo segregado, como la práctica de los denominados "talleres protegidos"[334]. El Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad también ha observado que las "instalaciones segregadas o [la] falta de apoyo, incluidos servicios de apoyo" plantean "dificultades adicionales" para acceder a servicios esenciales como la atención sanitaria y la educación[335].

SEGREGACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En su investigación sobre Hungría en relación con el artículo 6 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se pidió al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que examinara si las disposiciones institucionales del país para las personas con discapacidad —y, en particular, para las personas con discapacidad intelectual o psicosocial— contravenían lo dispuesto en la Convención. La denuncia se centraba en particular en alegaciones de violación del artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que garantiza el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. La denuncia señalaba algunos datos, entre ellos, que 98.539 personas habían sido institucionalizadas en 2018, de las cuales 24.553 eran personas con discapacidad. A finales de 2018, un total de 54.959 personas con discapacidad estaban sometidas a un régimen de tutela; a 48.945 de ellas se les había privado del derecho de voto. En un informe sobre la investigación difundido al público en septiembre de 2020, el Comité observa "graves violaciones de los derechos previstos en la Convención y considera que el sistema de tutela e internamiento afecta profundamente a la vida de un número considerable de personas con discapacidad, en particular al discriminar a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial y perpetuar la segregación y el aislamiento de la sociedad[336].

En el ámbito regional, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha definido la "segregación" como: "el acto por el que una persona (física o jurídica) separa a otras personas sobre la base de uno de los motivos enumerados sin una justificación objetiva y razonable"[337]. En el asunto *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Belgium*, el Comité Europeo de Derechos Sociales sostuvo que el artículo 15, párrafo 1, de la Carta Social Europea revisada exige "un recurso efectivo" para quienes hayan sido "ilegalmente excluidos o segregados" en la educación[338]. La segregación también es un acto explícitamente proscrito en diversos instrumentos del sistema interamericano. Por ejemplo, el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores exige a los Estados que aseguren que "la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia

---

331 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 56

332 *Ibid*., párr. 64.

333 CRPD/C/TUR/CO/1, párr. 48; y CRPD/C/IND/CO/1, párr. 50.

334 Por ejemplo, "Los modelos y las prácticas de prestación de servicios, especialmente en las zonas rurales y remotas, siguen segregando a las personas con discapacidad mediante el empleo protegido, la educación segregada y el acceso limitado a la vivienda social" (CRPD/C/HUN/IR/1 y Corr.1, párr. 101 j). Véase también CRPD/C/CAN/CO/1, párr. 47; CRPD/C/SVK/CO/1, párrs. 73 y 74; CRPD/C/SRB/CO/1, párrs. 55 y 56; CRPD/C/BIH/CO/1, párrs. 47 y 48; CRPD/C/AUT/CO/1, párr. 44; y CRPD/C/BOL/CO/1, párrs. 61 y 62. En su observación general núm. 6 (2018), el Comité instó a los Estados a: "Facilitar la transición desde entornos laborales segregados para las personas con discapacidad y apoyar la participación de esas personas en el mercado de trabajo abierto y, entre tanto, garantizar también la aplicabilidad inmediata de los derechos laborales a esos entornos". Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 67 a). Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 18 (2006), párr. 17.

335 A/71/314, párr. 6.

336 CRPD/C/HUN/IR/1 y Corr.1, párr. 107.

337 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, recomendación núm. 7 de política general sobre la legislación nacional de lucha contra el racismo y la discriminación racial (CRI(2003)8 Rev.), 2002, párr. 16.

338 Comité Europeo de Derechos Sociales, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Belgium*, denuncia núm. 109/2014, decisión de 16 de octubre de 2017, párr. 84.

y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de esta". En los considerandos de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia se afirma que "es preciso tener en cuenta la experiencia individual y colectiva de la discriminación para combatir la exclusión y marginación" por diversos motivos protegidos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha expresado su preocupación por la segregación de las personas transgénero en las cárceles y los centros de detención de inmigrantes, así como por motivos de discapacidad[339]. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha pedido que se ponga fin a la segregación por motivos de género en el contexto de la escolarización y la formación profesional[340].

SEGREGACIÓN RACIAL DE LOS ROMANÍES

La segregación racial de los romaníes, en particular en los ámbitos de la educación, el empleo, la atención de la salud, la vivienda y la planificación territorial, ha sido objeto de especial atención por los órganos europeos e internacionales de derechos humanos durante los tres últimos decenios. En su recomendación general núm. 27 (2000), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial instó a que se pusiera fin a la segregación de los romaníes, en particular en los ámbitos de la educación y la vivienda.

En el caso *L. R. y otros c. la República Eslovaca*, las medidas adoptadas por el municipio de Dobšiná fueron impugnadas ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. En concreto, el ayuntamiento había tomado la decisión de construir viviendas sociales para los romaníes de la zona, que vivían en condiciones extremadamente precarias en barrios marginales a las afueras de la ciudad. Tras recibir la petición de unos 2.700 habitantes locales no romaníes contrarios al plan, el ayuntamiento revocó su decisión y decidió no construir las viviendas sociales. El Comité dictaminó que Eslovaquia había violado múltiples disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, incluidas las relativas a la discriminación en materia de vivienda y al derecho a un recurso efectivo[341]. En el caso *Koptova c. Eslovaquia*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial determinó que el hecho de prohibir la entrada a los romaníes en varios municipios contravenía las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[342].

La segregación de los romaníes en la educación ha sido objeto de amplios litigios en los últimos años, con importantes sentencias en los tribunales nacionales, así como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en asuntos relativos a Bulgaria, Chequia, Eslovaquia, Grecia, Hungría y Rumania. La primera sentencia histórica, dictada en 2007, *D.H. y otros c. la República Checa*[343], se refería a una política estatal de segregación de los niños romaníes por el Estado que los colocaba en escuelas destinadas a niños que tenían lo que se denominaba una "discapacidad mental leve"[344]. Los tribunales europeos y nacionales han rechazado posteriormente prácticas como la tolerancia de la exclusión total de la población romaní de la escolarización, la escolarización de los romaníes en clases separadas con el pretexto de no dominar el idioma, el hecho de no superar el legado de la segregación del pasado y el establecimiento de centros privados de enseñanza con el fin de mantener la escolarización separada por motivos étnicos.

---

339 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de libertad", Comunicado de prensa núm. 053/15, 21 de mayo de 2015. Puede consultarse en www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2015/053.asp.

340 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Joint Statement on the International Day of the Girl Child", 11 de octubre de 2013. Véase también Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, observación general acerca del artículo 30 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 2013, párr. 28: "En las cárceles no se aplicarán sanciones de aislamiento o segregación a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia".

341 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y otros c. la República Eslovaca*, comunicación núm. 31/2003.

342 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Koptova c. la República Eslovaca*, comunicación núm. 13/1998.

343 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007.

344 El funcionamiento de estas escuelas en sí mismo contraviene el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El derecho internacional prevé la posibilidad de algunas justificaciones para la separación por motivos de sexo, religión o creencia, o idioma, especialmente en el ámbito de la educación[345]. Sin embargo, las autoridades no pueden ejercer la discriminación racial amparándose en argumentos, que son meros pretextos, basados en la supuesta necesidad de reforzar los conocimientos lingüísticos[346]; se entiende que la separación por razón de idioma está permitida cuando la enseñanza se imparte en diferentes idiomas[347].

f) Victimización o represalias

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe prohibir la victimización.**
- **La victimización se produce cuando las personas experimentan un trato adverso o consecuencias negativas debido a su participación en una denuncia de discriminación o en un procedimiento destinado a hacer cumplir las disposiciones sobre igualdad.**

La victimización —en algunas jurisdicciones denominada represalia o retorsión— se produce cuando las personas experimentan un trato o unas consecuencias desfavorables como resultado de su participación en una denuncia de discriminación o en un procedimiento destinado a hacer cumplir las disposiciones relativas a la igualdad[348]. Esto incluye las denuncias formales e informales y los procedimientos judiciales o de otro tipo iniciados por una víctima o varias víctimas de discriminación, así como los iniciados por otra persona[349]. El término "victimización" utilizado en la presente guía se refiere a esta forma específica de perjuicio en la legislación contra la discriminación y no debe confundirse con el uso común de la palabra que alude al desempoderamiento de las personas expuestas a discriminación.

Al igual que ocurre con otras formas de trato diferenciado, la intencionalidad es irrelevante para determinar si se ha producido victimización[350]. No existen justificaciones válidas para una reclamación bien fundada por victimización[351].

---

[345] Por ejemplo, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza establece, en su artículo 2, las siguientes situaciones que no constituirán discriminación con arreglo a la definición que figura en el artículo 1 de la Convención:

> a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
>
> b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;
>
> c) La creación o el 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, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.

[346] Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Oršuš and others v. Croatia*, demanda núm. 15766/03, sentencia de 16 de marzo de 2010.

[347] A/HRC/43/47, párrs. 41 y 44; A/HRC/10/11/Add.1, párrs. 4, 10 y 27; CCPR/C/MKD/CO/2, párr. 19; CRC/C/KGZ/CO/3-4, párr. 59; y CRC/C/15/Add.191, párr. 75 b).

[348] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 i).

[349] Esto puede deducirse de la prohibición de la discriminación basada en la asociación, que se examina en la sección I.A.1 b) de esta parte, y de hecho es la práctica en muchos países europeos. Véase Isabelle Chopin y Catharina Germaine (European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination), *A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe, 2019* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2020), págs. 96 a 99.

[350] Véase el análisis sobre la intención en la sección I.A.2 a) de esta parte.

[351] En particular, porque no existe un objetivo legítimo. Véase, además, el análisis sobre la justificación en la sección I.A.4 de esta parte.

KIRGUISTÁN: ARTÍCULO 1, PÁRRAFO 8, DEL PROYECTO DE LEY DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

La victimización es una forma de discriminación, que se expresa mediante consecuencias negativas o un trato desfavorable respecto de una persona o un grupo de personas que han denunciado o tienen intención de denunciar voluntariamente una discriminación; han sido testigos de discriminación; no han obedecido las órdenes de ejercer discriminación ni han participado de otro modo en procedimientos en casos de discriminación; o no han informado al público sobre la discriminación.

En diversa medida, los órganos de tratados de derechos humanos han reconocido la obligación de afrontar la victimización, habitualmente, como parte del requisito más amplio de garantizar el acceso a la justicia. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado la obligación de los Estados de proteger a las mujeres "contra amenazas, hostigamiento y otras clases de daños durante y después de las actuaciones judiciales"[352]. Asimismo, en sus observaciones finales, el Comité de Derechos Humanos ha instado a los Estados a "facilitar las denuncias de mujeres víctimas de la discriminación en el empleo y adoptar medidas adecuadas para protegerlas de las represalias"[353]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también ha expresado su preocupación por el hecho de que se disuada a las víctimas de discriminación racial de presentar denuncias debido al "temor a represalias", y ha recomendado que los Estados adopten "todas las medidas necesarias" para garantizar el acceso a la justicia, incluso mediante la aprobación de leyes contra la discriminación[354]. En términos más generales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado la obligación que incumbe a los Estados de adoptar medidas para proteger a todas las personas —incluidos los defensores de los derechos humanos y los activistas laborales, así como sus representantes legales— frente a actos de "intimidación" o "represalias" por iniciar acciones judiciales sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales[355]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el que ha ido más lejos en la articulación de la prohibición de la victimización[356], reflejando en gran medida la formulación de las directivas de la Unión Europea relativas a la igualdad de trato, que definen la victimización como "un trato adverso o consecuencias negativas en respuesta a las denuncias o actuaciones destinadas a hacer cumplir las disposiciones relativas a la igualdad[357].

La obligación de garantizar la protección frente a la victimización también queda clara en el reciente Convenio sobre la Violencia y el Acoso, 2019 (núm. 190), de la OIT, que exige a los Estados que protejan a "los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a... las represalias"[358].

---

352 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 18 g).

353 CCPR/C/MUS/CO/5, párr. 12.

354 CERD/C/KGZ/CO/8-10, párr. 14.

355 Aplicando este razonamiento en un contexto de discriminación, el Comité ha instado a los Estados a garantizar la protección de las víctimas de acoso sexual, incluso mediante la "prohibición expresa de las represalias" en las políticas nacionales sobre el acoso en el lugar de trabajo. Véase, respectivamente, E/C.12/VNM/CO/2-4, párr. 9; E/C.12/CHN/CO/2, párr. 38; y observación general núm. 23 (2016), párr. 48.

356 Aunque sin utilizar explícitamente el término "victimización". Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 i).

357 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad utiliza la expresión más breve "garantizar el cumplimiento de las disposiciones en materia de igualdad". Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 i). Véase también la 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, art. 9; 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, art. 11; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 10; y Directiva 2006/54/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 24.

358 Art. 10 b) iv).

3. Alcance material del derecho a la no discriminación

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe garantizar el goce en igualdad de condiciones de todos los derechos protegidos por el derecho internacional y nacional, sin discriminación.**
- **La prohibición de la discriminación es aplicable a todos los ámbitos de la vida regulados por la ley. La obligación de abstenerse de discriminar es aplicable a todas las personas, incluidas (aunque no exclusivamente) las autoridades públicas y las entidades privadas.**

El alcance material de la legislación contra la discriminación viene determinado por su doble función: en primer lugar, el derecho a la no discriminación es aplicable con respecto a todos los demás derechos humanos[359]; en segundo lugar, existe un derecho autónomo a la no discriminación que se aplica en relación con todos los ámbitos de actividad regulados por la ley[360]. El alcance de la legislación contra la discriminación se extiende tanto a la esfera pública como a la privada y conlleva obligaciones relacionadas con las acciones de los actores privados[361].

SUDÁFRICA: LEY DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INJUSTA

Artículo 5

"1) Esta Ley obliga al Estado y a todas las personas."

a) No discriminación en el goce de los derechos humanos

La no discriminación en el goce de los derechos es un principio que define el derecho de los derechos humanos[362]. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben la discriminación con respecto a los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales reconocidos en los respectivos pactos[363]. En muchos instrumentos regionales de derechos humanos figuran prohibiciones similares[364]. Además, aunque el alcance material tanto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer va más allá del goce de los derechos humanos en igualdad de

---

359 Véanse, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 1; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2. Véanse también Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, art. 1, párr. 1; y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, párr. 1).

360 Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 12. Véanse también Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 13.

361 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 11 y 37; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 8; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 13 y 73 c) y h); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 9; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párrs. 9 y 10, 13 y 17.

362 Enunciado en la afirmación: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Véase Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1. Véanse también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 2; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 1.

363 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 1; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2. Véanse también Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, art. 1, párr. 1; y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, párr. 1.

364 Véanse, por ejemplo, Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, párr. 1; y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 2.

condiciones, ambas contienen también la obligación explícita de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos sin discriminación[365].

EL GOCE EN IGUALDAD DE CONDICIONES DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL

En cierta medida en contraposición con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —que establecen que todos los derechos en ellos reconocidos deben garantizarse sin discriminación— y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —que incluyen disposiciones detalladas sobre las obligaciones de los Estados de garantizar la no discriminación en ámbitos como el trabajo, la educación y la atención de la salud, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial incluye un único artículo —el artículo 5— que contiene una lista de derechos que los Estados deben garantizar sin discriminación. El artículo 5 establece que:

> **Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:**
>
> **a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;**
>
> **b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;**
>
> **c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el Gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;**
>
> **d) Otros derechos civiles, en particular:**
>
> **i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;**
>
> **ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;**
>
> **iii) El derecho a una nacionalidad;**
>
> **iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;**
>
> **v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;**
>
> **vi) El derecho a heredar;**
>
> **vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;**
>
> **viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;**
>
> **ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;**
>
> **e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:**
>
> **i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;**
>
> **ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;**
>
> **iii) El derecho a la vivienda;**

[365] Véanse, en particular, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 2 y 4, párr. 1; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2.

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;

v) El derecho a la educación y la formación profesional;

vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;

f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que: "La lista de derechos humanos a los que se aplica [el principio de no discriminación] en virtud de la Convención no es una lista cerrada, sino que abarca todas las cuestiones de derechos humanos reguladas por las autoridades públicas en el Estado parte"[366]. En la práctica, como ya se ha indicado, la lista de derechos a los que el Comité ha aplicado el derecho a la no discriminación es amplia[367].

b) La no discriminación como derecho autónomo

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece un derecho autónomo a la no discriminación que va más allá del requisito de garantizar la igualdad en el goce de otros derechos humanos y prohíbe la discriminación "de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas"[368]. El alcance material del derecho a la no discriminación en virtud del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es igualmente amplio y, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado que establece un "derecho autónomo" a la no discriminación[369]. Del mismo modo, se ha interpretado que el artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer incluye "la obligación de los Estados partes de garantizar a las mujeres la igualdad sustantiva con los hombres en todos los ámbitos de la ley"[370]. En términos más generales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que la Convención señala que los Estados deben "aprobar leyes que prohíban la discriminación en todos los ámbitos y a lo largo de toda la vida de la mujer"[371]. Aunque la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es menos explícita a este respecto, en sus últimas comunicaciones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado la aprobación de legislación general contra la discriminación que abarque "todas las esferas del derecho y de la vida pública, de conformidad con el artículo 1, párrafo 1, de la Convención"[372].

Muchos instrumentos regionales de derechos humanos adoptan un enfoque dual similar al establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y prohíben la discriminación con respecto a los derechos establecidos en la Convención[373]; y con respecto a todos los demás ámbitos de la vida regulados por la ley, a

---

366 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 9. En un sentido similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que la lista de los ámbitos de los derechos reconocidos en la Convención pertinente no es exhaustiva y se hace extensiva, entre otros, a cualquier ámbito "doméstico o de otro tipo". Además, los Estados partes deben "aprobar leyes que prohíban la discriminación en todos los ámbitos… [de] la vida de la mujer, de conformidad con lo dispuesto en la Convención". Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párrs. 4, 7 y 31.

367 Por ejemplo, basándose en una evaluación de la práctica en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Patrick Thornbury identifica los siguientes derechos: "los derechos lingüísticos, el derecho a un nombre y los derechos de identidad en general; los derechos de participación ampliados más allá de la esfera 'política'; los derechos reproductivos; el derecho a la vida familiar; el derecho a la alimentación; una serie de derechos asociados a los refugiados y solicitantes de asilo, como la no devolución, el derecho de asilo y el derecho a apelar contra la denegación de la condición de refugiado; los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho al agua y el derecho a registrar los nacimientos de los niños". Véase Patrick Thornberry, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2018), págs. 394 y 395.

368 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 12.

369 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 13.

370 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párrs. 6 y 22.

371 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 31.

372 CERD/C/RUS/CO/23-24, párr. 10.

373 Véanse, por ejemplo, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, párr. 1; y Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14.

través de una disposición autónoma sobre igualdad[374]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha aclarado que la disposición relativa a la igual protección del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es aplicable a todas las leyes nacionales y a su implementación[375]. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha observado que el artículo 3 de la Carta Africana contiene una garantía general de igualdad que complementa la prohibición de discriminación establecida en el artículo 2[376]. Para que se aplique el artículo 3, cualquier desigualdad que alegue el demandante debe derivarse de la "ley"[377]. Esto no requiere la existencia de una ley contra la discriminación *per se*; en cambio, el artículo 3 de la Carta prohíbe la desigualdad derivada de la aplicación desigual del marco jurídico de un Estado[378].

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es algo atípico en el sentido de que, a diferencia de sus homólogos regionales, no establece un derecho autónomo a la no discriminación. El artículo 14 del Convenio prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades en él establecidos. Sin embargo, aunque el alcance material del artículo 14 es más limitado que el de las disposiciones de la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales, su ámbito de aplicación se ha ampliado de forma progresiva mediante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es importante destacar que el Tribunal ha sostenido que no es necesario demostrar una violación de otro derecho reconocido en el Convenio para determinar que se ha violado el artículo 14. Basta con que esa discriminación esté comprendida en el alcance general de cualquier artículo del Convenio[379]. En este sentido, el artículo 14 "es autónomo"[380]. El Tribunal ha aclarado que el artículo 14 también se hace extensivo a aquellos derechos adicionales, comprendidos en el ámbito de aplicación general de cualquier artículo del Convenio, que el Estado haya decidido establecer voluntariamente[381]. Al aplicar estos principios se han detectado amplias esferas de la vida que entran en el alcance del artículo 14, entre las que se incluyen (a título ilustrativo): los procedimientos de adopción[382], la vida familiar[383], la vivienda[384], la cobertura de seguros[385], las pensiones[386], los procedimientos para adquirir la ciudadanía[387], las disposiciones para el reconocimiento legal de las parejas de hecho[388], las medidas relativas a la seguridad social[389] y la

---

374 Véanse, por ejemplo, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; y Protocolo núm. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 1.

375 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 94.

376 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Bissangou v. Republic of Congo*, comunicación núm. 253/2002, decisión, 15 a 29 de noviembre de 2006, párr. 70.

377 *Ibid*., párr. 71.

378 *Ibid*. Véase también Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. the Gambia*, comunicación núm. 241/01, decisión, 15 a 29 de mayo de 2003, párr. 49, en la que la Comisión establece la siguiente distinción entre los artículos 2 y 3 de la Carta Africana: "El artículo 2 establece un principio que es esencial para el espíritu de la Carta Africana y, por lo tanto, necesario para erradicar la discriminación en todas sus formas, mientras que el artículo 3 es importante porque garantiza un trato justo y equitativo de las personas en el ordenamiento jurídico de un país determinado".

379 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Carson and others v. the United Kingdom*, demanda núm. 42184/05, sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 63.

380 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, demandas núms. 55480/00 y 59330/00, sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 38.

381 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fábián v. Hungary*, demanda núm. 78117/13, sentencia de 5 de septiembre de 2017, párr. 112.

382 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A.H. and others v. Russia*, demanda núm. 6033/13 y otras 15 demandas, sentencia de 17 de enero de 2017 (rectificada el 12 de diciembre de 2017); *E.B. v. France*, demanda núm. 43546/02, sentencia de 22 de enero de 2008; y *X and others v. Austria*, demanda núm. 19010/07, sentencia de 19 de febrero de 2013.

383 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016.

384 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Moldovan and others v. Romania*, demandas núms. 41138/98 y 64320/01, sentencia núm. 2, de 12 de julio de 2005; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vrountou v. Cyprus*, demanda núm. 33631/06, sentencia de 13 de octubre de 2015.

385 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *P.B. and J.S. v. Austria*, demanda núm. 18984/02, sentencia de 22 de julio de 2010.

386 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Willis v. the United Kingdom*, demanda núm. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002; *Muñoz Díaz v. Spain*, demanda núm. 49151/07, sentencia de 8 de diciembre de 2009; *Andrejeva v. Latvia*, demanda núm. 55707/00, sentencia de 18 de febrero de 2009; *Gaygusuz v. Austria*, demanda núm. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996; y *Koua Poirrez v. France*, demanda núm. 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003.

387 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016.

388 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Oliari and others v. Italy*, demandas núms. 18766/11 y 36030/11, sentencia de 21 de julio de 2015; *Pajić v. Croatia*, demanda núm. 68453/13, sentencia de 23 de febrero de 2016; *X and others v. Austria X*, demanda núm. 19010/07, sentencia de 19 de febrero de 2013; y V*allianatos and others v. Greece*, demandas núms. 29381/09 y 32684/09, sentencia de 7 de noviembre de 2013.

389 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, núm. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996.

investigación de los delitos motivados por prejuicios[390]. También cabe destacar que el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio reconoce el derecho a la no discriminación en todos los ámbitos de la vida, aunque el Protocolo requiere la ratificación por separado de las partes en el Convenio[391].

4. Justificaciones

RESUMEN

- **Las disposiciones, los criterios o las prácticas adoptados de conformidad con un objetivo legítimo que sean adecuados, necesarios y proporcionados en relación con ese objetivo no darán lugar a una determinación de discriminación. La discriminación directa solo puede justificarse con carácter muy excepcional.**

En algunos casos, puede ser necesario y apropiado diferenciar entre grupos o aplicar una política o práctica cuyo efecto sea poner en desventaja a un grupo más que a otros. Por ello, el derecho internacional reconoce la posibilidad de justificación en casos de discriminación, aunque cabe señalar que la posibilidad de justificar una conducta que de otro modo sería discriminatoria depende en gran medida de la forma de discriminación y del motivo.

Si bien ninguno de los tratados fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas establece una prueba de justificación explícita —con algunas pequeñas divergencias en el enfoque y la redacción que se detallan más adelante—, ha surgido un amplio grado de consenso en este ámbito. Para determinar si una diferencia constituye discriminación, habrá que comprobar si responde a un objetivo legítimo y si puede justificarse sobre la base de criterios razonables y objetivos. Esto, a su vez, requiere una evaluación de la proporcionalidad de una medida o práctica adoptada. Como se indica más adelante, esta prueba de justificación se realiza de forma diferente según se trate de discriminación directa o indirecta y no es aplicable en casos de acoso o victimización.

a) Legislación internacional y regional

El Comité de Derechos Humanos ha observado que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto"[392]. Como ha confirmado el Comité en casos individuales, la prueba de la justificación objetiva y razonable conlleva una evaluación de la proporcionalidad[393]. Con algunos matices, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[394], el Comité de Derechos Económicos,

---

390 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Identoba and others v. Georgia*, demanda núm. 73235/12, sentencia de 12 de mayo de 2015, párr. 65; *M.C. and A.C. v. Romania*, demanda núm. 12060/12, sentencia de 12 de abril de 2016, párr. 113; *Nachova and others v. Bulgaria*, demanda núm. 43577/98, sentencia de 6 julio de 2005, párr. 160; *97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 others v. Georgia*, demanda núm. 71156/01, sentencia de 3 de mayo de 2007, párrs. 138 a 142; *R.B. v. Hungary*, demanda núm. 64602/12, sentencia de 12 de abril de 2016, párrs. 80 y 84; y *Bayev and others v. Russia*, demandas núms. 67667/09, 44092/12 y 56717/12, sentencia de 20 de junio de 2017, párrs. 81 a 84.

391 Protocolo núm. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 4.

392 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 13.

393 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016), párrs. 8.15 a 8.17.

394 Véanse, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 14 (1993), párr. 2; observación general núm. 30 (2005), párr. 4; y recomendación general núm. 32 (2009), párr. 8. Aunque las recomendaciones generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial no suelen utilizar el término "justificación objetiva y razonable", el Comité ha determinado que la proporcionalidad y el objetivo legítimo son elementos esenciales de la prueba de justificación. El Comité también ha mencionado los "criterios objetivos" y la "justificación razonable" en contextos conexos. Véanse, por ejemplo, los "elementos comunes" de la elaboración de perfiles raciales del Comité (recomendación general núm. 36 (2020), párr. 13).

Sociales y Culturales[395] y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[396], junto con los principales mecanismos regionales de derechos humanos[397], han adoptado este modelo marco. Aunque el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer no ha abordado el tema de la justificación en sus recomendaciones generales, algunos miembros han expresado su apoyo a una prueba de justificación general en virtud de la Convención pertinente[398].

En el plano internacional, la prueba de justificación se ha mencionado con mayor frecuencia en relación con la discriminación indirecta[399]; aunque la referencia a la "diferenciación de trato"[400] indica que es igualmente aplicable en los casos de discriminación directa[401]. De hecho, tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Comité de Derechos Humanos han aplicado la prueba de este modo[402]. En la práctica, sin embargo, la discriminación directa rara vez está justificada y la discriminación directa basada en ciertas características, como la raza y la etnia, nunca puede justificarse[403]. En cambio, las políticas y prácticas neutrales que en principio son indirectamente discriminatorias a menudo sirven para lograr objetivos legítimos, aunque los medios empleados no siempre sean proporcionados; y podrán identificarse medidas menos restrictivas para eliminar cualquier posible efecto discriminatorio.

Conforme a su definición, el acoso nunca está justificado, ya que una conducta que atenta contra la dignidad o crea un entorno hostil sobre la base de una característica protegida nunca responde a un objetivo legítimo[404]; por razones similares no es posible justificar la victimización. Más adelante se examinan las cuestiones relacionadas con la incitación a la discriminación, que tampoco puede justificarse. Como se explica con más detalle a continuación, en virtud de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité pertinente ha establecido una prueba específica que debe aplicarse en los casos relativos a la realización (o denegación) de ajustes razonables.

---

395 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13.

396 En *Domina y Bendtsen c. Dinamarca*, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia a la prueba de la "justificación objetiva y razonable" sin elaborar más sus requisitos. En *Noble c. Australia*, el Comité reconoció la importancia de la proporcionalidad y la legitimidad de las medidas adoptadas, al tiempo que evaluaba la diferencia de trato en el marco de la "razonabilidad". En *V. F. C. c. España*, el Comité consideró que, si bien las medidas adoptadas por el Estado parte perseguían un objetivo legítimo, eran, no obstante, discriminatorias. Véase, respectivamente, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Domina y Bendtsen c. Dinamarca* (CRPD/C/20/D/39/2017), párr. 8.3; *Noble c. Australia* (CRPD/C/16/D/7/2012), párrs. 8.2 y 8.3; y *V. F. C. c. España* (CRPD/C/21/D/34/2015), párr. 8.10.

397 Véanse, por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Good v. Republic of Botswana*, comunicación núm. 313/05, decisión, 12 a 26 de mayo de 2010, párr. 219; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Morales de Sierra vs. Guatemala*, caso 11.625, informe núm. 4/01 de 19 de enero de 2001, párr. 31; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016, párr. 90.

398 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *G. D. y S. F. c. Francia* (CEDAW/C/44/D/12/2007), párr. 12.15.

399 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Trujillo Calero c. Ecuador* (E/C.12/63/D/10/2015); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Domina y Bendtsen c. Dinamarca* (CRPD/C/20/D/39/2017); y CERD/C/CHE/CO/7-9, párr. 16

400 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 13; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 8; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Domina y Bendtsen c. Dinamarca* (CRPD/C/20/D/39/2017), párr. 8.3; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Good v. Republic of Botswana*, comunicación núm. 313/05, decisión, 12 a 26 de mayo de 2010, párr. 219; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016, párr. 90. La Comisión Interamericana suele referirse a "distinciones" injustificadas, pero también se ha utilizado la expresión "distinción de trato". Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela*, caso 12.923, informe núm. 75/15 (fondo), 28 de octubre de 2015, párr. 169.

401 Véase el análisis sobre la discriminación directa en la sección I.A.2 a) de esta parte.

402 Véase, a título ilustrativo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 16 (2005), párr. 12; y Comité de Derechos Humanos, *Fedotova c. la Federación de Rusia* (CCPR/C/106/D/1932/2010), párr. 10.6. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que la prueba de justificación se aplica a la discriminación directa e indirecta. Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Biao v. Denmark*, demanda núm. 38590/10, sentencia de 24 de mayo de 2016, párrs. 90 y 91.

403 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 176, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó que la discriminación racial era "una forma de discriminación… especialmente reprobable", alegando que "no estaría objetivamente justificada ninguna diferencia de trato basada únicamente o en una medida determinante en el origen étnico de una persona".

404 Véase la definición de acoso en la sección I.A.2 c) de la segunda parte de la presente guía.

JUSTIFICACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha dado orientaciones detalladas sobre la prueba de justificación que debe aplicarse en los casos relativos a ajustes razonables[405]. El término "razonables", según el Comité, no está vinculado a la obligación de proporcionar ajustes, sino que se refiere más bien a la "pertinencia, idoneidad y eficacia" de un ajuste[406]. Dicho de otro modo, el concepto de "razonabilidad" requiere una evaluación para determinar si una medida cumple (o puede cumplir) su objetivo previsto de garantizar la participación en igualdad de condiciones[407].

Un ajuste razonable no debe imponer una "carga desproporcionada o indebida" a la parte que debe atenderla[408]. La prueba de la "carga indebida" requiere una evaluación de la proporcionalidad, que trata de equilibrar la conveniencia de garantizar la igualdad en el disfrute de un derecho (por ejemplo, a la participación política) con la carga o la repercusión de realizar un ajuste para la parte que debe atenderla[409]. Entre los factores que cabe tener en cuenta como parte de esta evaluación figuran, entre otros, "los costos financieros, los recursos disponibles (incluidos los subsidios públicos), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad"[410].

El Comité establece una distinción entre "ajustes razonables" y "ajustes de procedimiento"[411]. Los ajustes de procedimiento son aquellas "modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia cuando se requieran en un caso determinado" para garantizar la participación en igualdad de condiciones[412]. Mientras que la denegación de un ajuste razonable puede justificarse mediante la aplicación de la prueba de la carga indebida, la denegación de un ajuste de procedimiento —como la prestación de interpretación en lengua de señas para una persona sorda en un procedimiento judicial— no puede justificarse, debido a la relación entre el ajuste y su función para lograr el acceso a la justicia[413].

El enfoque de la justificación en virtud de las directivas de igualdad de trato de la Unión Europea es quizás el más diferente entre los instrumentos internacionales y regionales: en virtud de las directivas, la discriminación directa no puede justificarse[414]. En cambio, se establecen una serie de excepciones limitadas al marco de la legislación contra la discriminación, que prevén el trato diferenciado solo cuando se cumplen los criterios establecidos en las directivas. Entre ellas se incluyen algunas excepciones limitadas y específicas, establecidas en función de la edad y la religión o las creencias; y una excepción más amplia que cubre los "requisitos profesionales genuinos", aplicable a todos los motivos enumerados en las directivas (y que se aplica tanto a

---

405 Aunque la jurisprudencia del Comité se refiere específicamente a la discriminación por discapacidad, podría aplicarse una prueba similar a otros motivos de discriminación. Como se expone en la sección I.A.2 d) de esta parte, el concepto de "ajustes razonables" se ha aplicado con respecto a una amplia gama de motivos a nivel internacional y nacional, entre ellos, la religión o las creencias y la identidad de género.

406 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 25 a).

407 *Ibid.*

408 *Ibid.*, párr. 25 b).

409 *Ibid.*, párr. 26 d).

410 *Ibid.*, párr. 26 e).

411 *Ibid.*, párr. 25 d).

412 Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Enviada Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, "Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad" (Ginebra, 2020), pág. 9.

413 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 25 d) y 51.

414 En particular, la definición de discriminación indirecta prevista en las directivas establece que una disposición, un criterio o una práctica pueden estar objetivamente justificados por un fin legítimo siempre que los medios para alcanzarlo sean adecuados y necesarios. Este párrafo no figura en la definición de discriminación directa. Véanse 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, art. 2, párr. 2 b); 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, art. 2, párr. 2 b) i); Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 2 b); y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2, párr. 1 b).

la discriminación directa como a la indirecta)[415]. En la práctica, este enfoque sirve para limitar los ámbitos en los que pueden adoptarse medidas que (de otro modo) serían directamente discriminatorias. Cuando una política o medida está comprendida en el alcance de una excepción en virtud de la legislación nacional, debe demostrarse que es necesaria y proporcionada con respecto a su objetivo[416].

b) Objetivo legítimo y evaluación de la proporcionalidad

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido sistemáticamente que, para que un objetivo sea legítimo, debe establecerse "en virtud del Pacto"[417]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha utilizado la misma formulación[418], al tiempo que ha observado que los objetivos legítimos deben "promover el bienestar general en una sociedad democrática" como único fin[419] y ser "compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto"[420]. Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que los objetivos legítimos deben evaluarse "a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención"[421].

Los órganos de tratados no han publicado más orientaciones en este ámbito; sin embargo, en su práctica, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido como legítimos una amplia gama de objetivos de política, entre los que se incluyen la protección del bienestar de los menores, la protección de la seguridad y el orden públicos, la prevención de la delincuencia, el control de la inmigración ilegal y la evitación de solapamientos en la asignación de prestaciones de la seguridad social[422]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque amplio similar[423].

Aunque no se han tratado explícitamente en el ámbito internacional, los tribunales nacionales han considerado que muchas políticas y prácticas aplicadas por entidades privadas constituyen objetivos legítimos, especialmente en el contexto del examen de casos de discriminación indirecta. Algunos objetivos legítimos pueden ser, por ejemplo, garantizar la rentabilidad de la empresa, asegurar la gestión eficaz de los recursos o proteger la reputaciónde la entidad pertinente; la cuestión esencial para determinar si las políticas que persiguen tales objetivos son justificables es saber si los medios para alcanzarlos son estrictamente necesarios y proporcionados.

Esta posición general está sujeta a dos requisitos importantes. En primer lugar, un objetivo que sea en sí mismo discriminatorio o esté basado en estereotipos discriminatorios —por ejemplo, en relación con la "función reproductora" de la mujer— no es legítimo[424]. Esta condición figura en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con

---

415 Para un análisis más detallado sobre la justificación en virtud de las directivas sobre igualdad de trato, véanse Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, págs. 91 a 108; y Chopin y Germaine, *A Comparative Approach to Non-Discrimination Law in Europe, 2019*, págs. 68 a 80. El Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111), de la OIT, adopta un enfoque esencialmente similar respecto de las justificaciones y excepciones en el ámbito del empleo. De conformidad con el artículo 1, párrafo 2, del Convenio, "Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación".

416 Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, asunto C-414/16, sentencia de 17 de abril de 2018, párrs. 66 a 68. A este respecto, los comentaristas han observado que la prueba de justificación por motivos objetivos en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la prueba de justificación en virtud de las excepciones previstas en las directivas de no discriminación son muy similares. Véase, por ejemplo, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Handbook on European Non-Discrimination*, pág. 92.

417 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 13; *Lantsova c. la Federación de Rusia* (CCPR/C/106/D/1932/2010), párr. 10.6; y *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016), párr. 8.14.

418 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *López Rodríguez c. España* (E/C.12/57/D/1/2013), párr. 14.1.

419 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13. Véase, a este respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores indocumentados c. Estados Unidos de América*, caso 12.834, informe núm. 50/16 de 30 de noviembre de 2016, párr. 74.

420 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13.

421 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 8.

422 Sin embargo, en la mayoría de los casos pertinentes, el trato diferenciado no estaba justificado. Véase, a título ilustrativo, Comité de Derechos Humanos, *Fedotova c. la Federación de Rusia* (CCPR/C/106/D/1932/2010), párr. 10.8; *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016), párr. 8.7; *Williams Lecraft c. España* (CCPR/C/96/D/1493/2006), párr. 7.2; y *Vos c. los Países Bajos*, comunicación núm. 218/1986, párr. 12.

423 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention: Prohibition of Discrimination*, págs. 18 y 19.

424 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 20; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Medvedeva c. la Federación de Rusia* (CEDAW/C/63/D/60/2013), párr. 11.3.

Discapacidad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: la eliminación de la discriminación es fundamental para el "el objeto y el propósito" de todos esos instrumentos[425]. En este sentido, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha observado que, si bien los controles de identidad pueden tener un objetivo legítimo, no deben "efectuarse de manera tal que solo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas"[426]. Además, "las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales" no deben utilizarse "como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley"[427]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que la negativa a contratar a mujeres sobre la base de consideraciones estereotipadas constituye discriminación[428]. Existe jurisprudencia similar en el ámbito regional[429]. A este respecto, queda claro que la intención de una persona no es relevante para determinar la existencia de discriminación, y el hecho de ceder a las preferencias discriminatorias de un cliente no constituirá un objetivo legítimo[430]. En segundo lugar, las medidas que se tomen deben ser apropiadas: es preciso aportar pruebas que demuestren que una medida adoptada puede, de hecho, alcanzar el objetivo previsto[431].

También debe demostrarse que toda medida adoptada es proporcional al objetivo buscado. Un objetivo legítimo perseguido por medios no proporcionales no es justificable. En términos generales, esto requiere que el perjuicio causado por esa medida no supere el beneficio de alcanzar su objetivo. También requiere que se evalúe si la medida excede de lo necesario para lograr su propósito. Así, por ejemplo, en el caso *Yaker c. Francia*, el Comité de Derechos Humanos consideró que una prohibición *de facto* del velo integral no podía justificarse por motivos de seguridad pública en vista del "enorme impacto que tiene en la autora por ser una mujer"[432]. En el mismo caso, el Comité también sostuvo que las medidas adoptadas por Francia no eran "necesarias"[433] ya que el Estado podría haber recurrido a medios menos restrictivos[434]. La condición de necesidad puede considerarse implícita en la evaluación de la proporcionalidad: si el mismo objetivo puede alcanzarse mediante

---

425 De hecho, esto es evidente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que se centran en la eliminación de "todas las formas de discriminación". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que el derecho a la no discriminación es esencial "a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales", mientras que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha indicado que los derechos a la igualdad y a la no discriminación "constituyen el núcleo de la Convención". Debido a su objeto y propósito, el Comité de Derechos Humanos ha subrayado que las reservas al artículo 2, párrafo 1, del Pacto no son admisibles. Véanse, respectivamente, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 2; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 4, 5 y 7; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 24 (1994), párr. 9. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Declaración relativa a las reservas la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (A/53/38/Rev.1, págs. 52 a 55), párrs. 6 y 16.

426 Comité de Derechos Humanos, *Williams Lecraft c. España* (CCPR/C/96/D/1493/2006), párr. 7.2. Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 36 (2020).

427 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000), párr. 5. A este respecto, en *Müller y Engelhard c. Namibia*, el Comité sostuvo que "tampoco se puede invocar el argumento de una inveterada tradición para justificar un trato diferente entre hombre y mujer que es contrario al Pacto". Véase Comité de Derechos Humanos, *Müller y Engelhard c. Namibia* (CCPR/C/74/D/919/2000), párr. 6.8.

428 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 20. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 16 (2005), párr. 11.

429 Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que "las referencias a tradiciones, supuestos generales o actitudes sociales predominantes en un país determinado" no bastan para justificar una medida que, de otro modo, sería discriminatoria. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Konstantin Markin v. Russia*, demanda núm. 30078/06, sentencia de 22 de marzo de 2012, párr. 127. En *Morales de Sierra vs. Guatemala*, la Comisión Interamericana sostuvo que las "distinciones de género" que se habían mantenido "dentro del marco del derecho interno esencialmente sobre la base... del respeto de valores tradicionales guatemaltecos, y... de la necesidad de proteger a la mujer en su calidad de esposa y madre" no podían justificarse. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Morales de Sierra vs. Guatemala*, caso 11.625, informe núm. 4/01 de 19 de enero de 2001, párrs. 31, 37 y 39.

430 Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, asunto C-54/07, sentencia de 10 de julio de 2008. Véase también el análisis sobre la intención en la sección I.A.2 b) de la segunda parte de la presente guía.

431 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016), párrs. 8.7 y 8.15; Comité de Derechos Humanos, *Fedotova c. la Federación de Rusia* (CCPR/C/106/D/1932/2010), párr. 10.6; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Good v. Republic of Botswana*, comunicación núm. 313/05, decisión, 12 a 26 de mayo de 2010, párr. 224; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, asunto C-414/16, sentencia de 17 de abril de 2018, párr. 66; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Konstantin Markin v. Russia*, demanda núm. 30078/06, sentencia de 22 de marzo de 2012, párr. 144.

432 Comité de Derechos Humanos, *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016), párr. 8.8.

433 *Ibid*., párr. 8.17.

434 *Ibid*., párr. 8.8.

la adopción de medidas diferentes que no requieran el establecimiento de una distinción entre grupos, o que lo hagan de forma menos perjudicial, entonces los medios empleados no son proporcionados[435].

B. Acción positiva

RESUMEN

- **El derecho a la igualdad exige la adopción de medidas de acción positiva.**
- **La acción positiva incluye cualquier medida legislativa, administrativa o de política destinada a reducir o superar la desigualdad y a hacer efectiva la igualdad. Estas medidas deben ser de duración limitada, estar sujetas a revisiones periódicas y ser proporcionadas a su objetivo de promover o lograr la igualdad.**
- **La adopción de medidas de acción positiva es una obligación en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. La legislación contra la discriminación debe exigir y prever medidas de acción positiva cuando se detecten desigualdades sustantivas. También debe permitir la formulación, adopción y aplicación de medidas y programas de acción positiva por entidades estatales y privadas cuando se detecte una necesidad determinada.**
- **Las medidas de acción positiva deben perseguir el objetivo de promover o alcanzar la igualdad y no deben justificarse en referencia a criterios o estereotipos discriminatorios.**
- **La acción positiva no debe tener como consecuencia el mantenimiento de normas desiguales o separadas. Para ello, las medidas de acción positiva que se adopten deben estar limitadas en el tiempo, ser objeto de revisión periódica y cesar cuando se alcancen los objetivos de igualdad. El hecho de que sean de duración limitada no debe interpretarse en el sentido de que son necesariamente de corta duración.**

La obligación de los Estados de adoptar y aplicar medidas de acción positiva está firmemente establecida en el derecho internacional de los derechos humanos[436]. La acción positiva, también conocida como "acción afirmativa"[437], "medidas especiales de carácter temporal"[438] o "medidas específicas"[439], es una expresión de carácter general que se refiere a las medidas necesarias para impulsar o lograr la igualdad de los grupos que han sido o son objeto de discriminación o desventaja. Los órganos de tratados han desaconsejado encarecidamente que esas medidas se denominen "discriminación positiva"[440].

---

435 Véase, a título ilustrativo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Léger v. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes and Etablissement français du sang*, asunto C-528/13, sentencia de 29 de abril de 2015, párr. 58; y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, sentencia de 16 de julio de 2015, párr. 128.

436 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 1, párr. 4, y 2, párr. 2; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párrs. 11 y 14; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4, párr. 1; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 24; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 5, párr. 4, y 27, párr. 1 h); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 16; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000), párr. 3.

437 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), nota 4: "Las palabras 'acción afirmativa' se utilizan en los Estados Unidos de América y en varios documentos de las Naciones Unidas".

438 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4, párr. 1. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que: "El término 'especiales', aunque se ajusta a la terminología empleada en el campo de los derechos humanos, también debe ser explicado detenidamente. Su uso a veces describe a las mujeres y a otros grupos objeto de discriminación como grupos débiles y vulnerables y que necesitan medidas extraordinarias o 'especiales' para participar o competir en la sociedad. No obstante, el significado real del término 'especiales' en la formulación del artículo 4, párrafo 1, es que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico". Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 21.

439 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5, párr. 4.

440 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que la expresión "discriminación positiva" es, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, una contradicción de términos, por lo que debe evitarse. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 12.

Si bien existe una amplia gama de medidas que pueden calificarse como acción positiva, toda acción positiva conlleva medidas específicas para superar la desigualdad; o, como lo ha expresado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo insuficientemente representado o marginado"[441]. Según se indica más adelante, se suele considerar que las medidas de acción positiva reparan un daño sistémico pasado o que aún persiste[442], por lo tanto, pueden derivarse, al menos en parte, de la obligación de garantizar un recurso efectivo. Dicho esto, la obligación de adoptar medidas de acción positiva surge en situaciones en las que se detectan desigualdades sustantivas, independientemente de cualquier prueba de discriminación pasada o presente.

Se ha argumentado que la "acción positiva" debe entenderse en sentido amplio, e incluir todas las iniciativas proactivas adoptadas con el fin de avanzar hacia la igualdad y eliminar la discriminación[443]. Sin embargo, la opinión generalizada es que, a diferencia de las medidas generales para promover la igualdad y combatir la discriminación, la acción positiva consiste en un trato específico destinado a corregir las desventajas de personas y grupos concretos[444]. Dado que dichas medidas implican tratar de forma diferente a personas y grupos que comparten determinadas características, los órganos de tratados han proporcionado orientación sobre la forma de distinguir la acción positiva de la diferenciación injustificada (discriminación) y han establecido normas para regular su aplicación.

Para cumplir las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho internacional, una ley general contra la discriminación debe exigir la adopción de medidas positivas cuando existan desigualdades sustantivas y permitir que los actores estatales y privados formulen y apliquen esas medidas cuando se detecte una necesidad. Si bien las leyes contra la discriminación deben exigir y permitir la adopción de medidas de acción positiva, los pormenores de esas medidas pueden establecerse en otros documentos legislativos y políticos.

MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA: GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN RWANDA

En 2018, la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres) señaló que Rwanda había hecho "progresos increíbles" para garantizar la participación de las mujeres en la adopción de decisiones como resultado de una serie de medidas especiales adoptadas por el Estado[445].

El camino hacia una mayor participación comenzó con la Constitución del país de 2003. El artículo 9, párrafo 4, de la Constitución de 2003 establecía que las mujeres debían ocupar al menos el 30 % de los puestos en los órganos decisorios, mientras que el artículo 76 exigía que 24 de los 80 escaños de la Cámara de los Diputados estuvieran reservados a mujeres, elegidas por un sistema especial de colegio electoral compuesto por votantes de los consejos locales de mujeres y los consejos de distrito. El 19 de junio de 2010, Rwanda promulgó la Ley núm. 27/2010, que exige que como mínimo un 30 % de los candidatos a las elecciones parlamentarias en las listas de los partidos políticos sean mujeres[446].

En sus observaciones finales de 2017, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer acogió con beneplácito "el papel de liderazgo del Estado... respecto de la participación de la

---

441 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28.

442 Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que las cuotas de género aplicadas con objeto de aumentar la participación política de las mujeres en el Gobierno son parte de otras medidas encaminadas a abordar las barreras sistémicas históricas que afrontan las mujeres para acceder a su derecho a la participación política. Véase, además: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 79) (2011), párrs. 62 y 82.

443 Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, véanse Chantal Davies, *Research Report 123: Exploring Positive Action as a Tool to Address Under- Representation in Apprenticeships* (Manchester, Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos, 2019), págs. 26 a 28, y los materiales que se citan.

444 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10 ("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"); y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28 ("las medidas específicas... consisten en introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo insuficientemente representado o marginado" para lograr la igualdad).

445 ONU-Mujeres, "Revisiting Rwanda five years after record-breaking parliamentary elections", 13 de agosto de 2018.

446 CEDAW/C/RWA/CO/7-9, párr. 4 i).

mujer en el Parlamento, pues cuenta con la mayor representación femenina en todo el mundo, así como una representación relativamente alta de la mujer en puestos decisorios, incluso de gobernadores de provincia y en la judicatura"[447].

En su informe nacional presentado como parte del tercer ciclo del examen periódico universal en 2020, Rwanda afirmó que: "El empoderamiento y la participación de la mujer en la toma de decisiones se refleja principalmente en la proporción de mujeres en el Parlamento, los puestos ministeriales y otros cargos en diversas estructuras de gobierno en entidades tanto públicas como privadas y de la sociedad civil"[448]. También destacó el impacto de las medidas adoptadas para garantizar la participación de las mujeres en la adopción de decisiones: en 2020, la representación de las mujeres en el Consejo de Ministros aumentó al 52 %, desde el 36,8 % en 2014[449]. Además, en la actual legislatura de 2018 a 2023, las mujeres ocupan el 61,2 % de la Cámara Baja y el 38 % del Senado[450]. A nivel local, la participación de las mujeres en los puestos de liderazgo mejoró durante el período 2016-2018, pasando del 16,7 % al 30 % en las alcaldías de distrito y al 45,6 % en los consejos de distrito[451]. Señaló además que estaba supervisando el progreso de la representación de las mujeres en el sector privado y que se seguiría tratando de "aumentar la representación de las mujeres en puestos directivos"[452].

1. Obligación de adoptar medidas de acción positiva

El artículo 1, párrafo 4, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial prevé la adopción de "medidas especiales" por los Estados para garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos y libertades. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contienen disposiciones similares[453]. El Comité de Derechos Humanos ha observado que puede exigirse a los Estados que adopten "disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto"[454]. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado que el artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales da lugar a la obligación de "adoptar medidas especiales con objeto de mitigar o suprimir las condiciones que han provocado la persistencia de la discriminación"[455].

Existe un claro consenso entre los órganos de tratados en el sentido de que la acción positiva es necesaria y no simplemente admisible. Como se ha indicado, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han afirmado que las medidas de acción positiva son necesarias en situaciones de desigualdad sustantiva[456]. El artículo 2, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que los Estados "tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas... con el fin de garantizar en condiciones de igualdad... el disfrute de los derechos... y de las libertades" y, en su análisis de la disposición pertinente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial menciona una "obligación" de adoptar medidas especiales[457]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que "los

---

447 *Ibid*., párr. 30.

448 A/HRC/WG.6/37/RWA/1, párr. 51.

449 *Ibid*.

450 *Ibid*.

451 *Ibid*.

452 *Ibid*., párr. 52.

453 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4, párr. 1; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5, párr. 4. Véase también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 27, párr. 1 h), según el cual los Estados se comprometen a "promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas".

454 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10.

455 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9.

456 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9, que establece que "para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales".

457 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párrs. 11 y 14.

Estados partes tienen la obligación de adoptar y aplicar medidas especiales de carácter temporal"[458]. Más recientemente, en 2018, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dijo de forma clara "los Estados partes deben adoptar medidas positivas"[459].

A nivel regional, las obligaciones de adoptar medidas de acción positiva están reconocidas tanto en los sistemas de derechos humanos africano e interamericano. Los Protocolos de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativos a los Derechos de la Mujer en África y a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África incluyen disposiciones obligatorias sobre la adopción de medidas de acción positiva, aunque el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer limita el requisito a los ámbitos de la educación y la participación política[460]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que los Estados "deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas"[461] a fin de cumplir sus obligaciones dimanantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia establece que los Estados "se comprometen a adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales"[462]. El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, del Consejo de Europa, establece que los Estados "se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, las medidas adecuadas con el fin de promover en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural una plena y efectiva igualdad"[463].

Tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han observado que, para hacer efectivas sus obligaciones, los Estados deben incluir disposiciones relativas a las medidas especiales en sus sistemas jurídicos nacionales[464]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también ha observado que la legislación "puede ofrecer orientación respecto del tipo de medidas especiales de carácter temporal que deben aplicarse para lograr el objetivo o los objetivos propuestos en determinados ámbitos"[465]. Sin embargo, ambos órganos también han señalado que las medidas de acción positiva pueden adoptarse o aplicarse a través de medios no legislativos, como directivas sobre políticas, programas y directrices[466].

2. Finalidad y alcance de las medidas de acción positiva

Existe un amplio consenso entre los órganos de tratados en el sentido de que la acción positiva incluye cualquier medida adoptada con el fin de promover la igualdad de un grupo expuesto a la discriminación.

---

458 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 24.

459 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 16.

460 Véase, por ejemplo, Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), arts. 2 d), 9, párr. 1, y 12, párr. 2, que ordenan la adopción de medidas de acción positiva con respecto a la participación política y la educación; y Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África, art. 5, párr. 2 b), que requiere que los Estados partes "hagan lo necesario para garantizar que se ofrezcan medidas específicas, según proceda, a las personas con discapacidad a fin de eliminar la discriminación y que dichas medidas no se consideren discriminación".

461 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 62) (2011), párr. 232.

462 Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, art. 5.

463 Consejo de Europa, Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, art. 4, párr. 2. La legislación de la Unión Europea impone requisitos algo menos rigurosos a los Estados miembros de la Unión Europea (véase, por ejemplo, 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, art. 7; 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, art. 5; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 6; y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 3.

464 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 30; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 13.

465 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 31.

466 *Ibid*., párr. 32; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 13.

a) Los objetivos de la acción positiva

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad definen respectivamente las medidas especiales como necesarias "con objeto de garantizar... en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio" de los derechos[467], "encaminadas a acelerar la igualdad *de facto*"[468] y "necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho"[469]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha subrayado que "las medidas especiales no son una excepción del principio de no discriminación, sino que forman parte integrante de su significado" y del objetivo de promover la "igualdad efectiva"[470]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha definido las medidas de acción positiva en términos similares, observando que "consisten en introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo insuficientemente representado o marginado" con el fin de lograr la igualdad[471]. En el ámbito regional se ha adoptado un enfoque similar para definir la finalidad de la acción positiva[472].

Al definir y aclarar la finalidad de las medidas temporales, los órganos de tratados han destacado la necesidad de distinguir dichas medidas de lo que se ha denominado "la obligación positiva general... de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de manera no discriminatoria"[473]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que "no todas las medidas que puedan ser o que serán favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter temporal" y ha subrayado el hecho de que las medidas generales para asegurar la no discriminación y la igualdad en el disfrute de los derechos "no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal"[474]. Más concretamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que "los derechos específicos de determinadas categorías de personas" —como el derecho a gozar de una cultura, practicar una religión o emplear un idioma— no son medidas especiales, sino "derechos permanentes"[475]. En términos similares, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha subrayado la necesidad de distinguir las medidas especiales de los ajustes razonables, que, según observa, son una obligación relativa a la no discriminación[476].

Dado que se centran en acelerar el progreso hacia la igualdad de las personas y grupos desfavorecidos, las medidas de acción positiva suelen tener un aspecto reparador, orientado a corregir y compensar los efectos de la discriminación sufrida en el pasado. De hecho, las medidas de acción positiva pueden ser un elemento importante para garantizar un recurso efectivo[477]. Sin embargo, los órganos de tratados se han esforzado

---

467 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1, párr. 4.

468 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4, párr. 1.

469 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5, párr. 4.

470 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 20.

471 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28.

472 Las medidas de acción positiva en las directivas europeas relativas a la igualdad de trato pueden adoptarse "con miras a garantizar la plena igualdad en la práctica". Véase, por ejemplo, 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, art. 7. Véase también Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, sentencia de 17 de octubre de 1995, párr. 18. En el orden regional europeo de los derechos humanos, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales ha fijado una norma más estricta, al establecer, en el artículo 4, párrafo 2, que: "Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales". La Comisión Interamericana ha situado la acción positiva en el marco de la necesidad de "combatir la discriminación *de facto*" y de "reducir las desigualdades históricas producidas por preconceptos y patrones de discriminación y exclusión". Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, párrs. 237 a 239. En virtud del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África, las medidas específicas adoptadas por los Estados deben tener como objetivo "eliminar la discriminación" contra las personas con discapacidad.

473 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 14. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párrs. 19 y 20; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 16, 17 y 22.

474 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 19.

475 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 15.

476 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 23.

477 Véase además la sección II.D de la segunda parte de la presente guía.

por subrayar que la obligación relativa a la acción positiva no es solo de naturaleza reparadora y que surge "independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado"[478]. Así, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha reconocido que, si bien las medidas especiales de carácter temporal tienen el propósito de "aliviar y remediar las disparidades", incluidas las disparidades derivadas de discriminaciones pasadas, "no es necesario que exista una discriminación 'histórica' demostrada para convalidar un programa de medidas especiales"[479]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha adoptado una postura similar, señalando que los Estados tienen la obligación proactiva "de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o *de facto*", sin referencia a pruebas de discriminación en el pasado[480].

b) El alcance

Los órganos de tratados han señalado en repetidas ocasiones la amplia gama de medidas que pueden incluirse en el alcance de las medidas especiales. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que el término incluye "toda la gama de instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos [, presupuestarios] y reglamentarios a todos los niveles de la administración del Estado, así como los planes, políticas, programas y sistemas de cuotas en sectores tales como el empleo, la vivienda, la cultura y la participación en la vida pública"[481]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que el artículo 4, párrafo 1, de la Convención pertinente "abarca una amplia gama" de medidas, y pasa a enumerar "los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y sistemas de cuotas" en una lista no exhaustiva de ejemplos[482]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adopta un enfoque igualmente amplio[483].

Los órganos de tratados han aclarado que, si bien la acción positiva abarca una amplia gama de posibles medidas, estas deben diseñarse con un objetivo claro, sobre la base de una necesidad demostrada y con la participación de los grupos afectados. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado que los Estados deben formular "programas con objetivos determinados, entre otros el de aliviar y remediar las disparidades"[484]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha indicado que las medidas deben estar "destinadas a alcanzar un objetivo específico", observando que "la elección de una 'medida' en particular dependerá del contexto... y del objetivo concreto que se trate de lograr"[485].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha subrayado que "estas medidas deben concebirse y aplicarse en función de las necesidades y basarse en una evaluación realista de la situación actual de las personas y las comunidades afectadas", y ha indicado que esto conlleva obligaciones tanto de recopilación y análisis de datos como de consulta[486]. Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que las mujeres deben "participar en la elaboración, aplicación y evaluación de dichos programas" y ha señalado la necesidad de utilizar datos desglosados por sexo[487]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que "los Estados partes deben celebrar consultas estrechas con las personas con discapacidad y colaborar activamente con ellas"[488] y que "esos datos y su análisis son de importancia primordial para formular medidas eficaces… en favor de la igualdad"[489].

---

478 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 18; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 22.

479 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 22.

480 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 18.

481 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 13.

482 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 22.

483 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28.

484 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 22.

485 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párrs. 21 y 22.

486 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 16.

487 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párrs. 34 y 35.

488 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 29.

489 *Ibid*., párr. 34.

POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN LA ENSEÑANZA SUPERIOR EN EL BRASIL

En su informe sobre su visita al Brasil en 2013, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, de las Naciones Unidas, explicó de qué forma el Brasil había sido un líder regional en políticas de acción afirmativa en el empleo y la educación para los afrobrasileños y otros grupos marginados[490].

En 2003, el Decreto núm. 4886 estableció la Política Nacional de Promoción de la Igualdad Racial en el Brasil, que prevé la adopción de medidas de acción afirmativa para las personas pertenecientes a estos grupos. En virtud de la Política, desde 2004 se aplican cuotas en algunas universidades, que han permitido un mayor acceso a la enseñanza superior[491].

Tras una serie de recursos judiciales en los que se alegaba que las políticas de acción afirmativa en la educación superior constituían discriminación, el 26 de abril de 2012, el Supremo Tribunal Federal del Brasil determinó por unanimidad que el uso de cuotas raciales en la educación era constitucional[492].

El 29 de agosto de 2012 se aprobó la Ley de Cuotas (Ley núm. 12.711). De conformidad con la Ley, el 50 % de las plazas vacantes en las universidades federales y los institutos de enseñanza técnica superior se reserva "a estudiantes procedentes de escuelas públicas de enseñanza secundaria y la distribución de las plazas entre los afrobrasileños y [los indígenas] está en función de la proporción de cada grupo en la comunidad"[493].

En su informe, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes expresó su esperanza de que, con la aprobación de la Ley de Cuotas, "las investigaciones futuras puedan aportar datos más positivos sobre la aplicación de las cuotas en la enseñanza superior; ciertamente son indispensables como primer paso para cambiar el racismo institucional"[494].

Algunas investigaciones posteriores proporcionaron indicios tempranos del impacto de las políticas de acción afirmativa para garantizar el acceso a la educación superior: en su informe nacional de 2017 destinado al tercer ciclo del examen periódico universal, el Brasil informó de que el número de plazas asignadas a afrobrasileños en la educación superior había aumentado de 37.100 en 2013 a 82.800 en 2015[495].

3. Principios para el ejercicio de la acción positiva

La acción positiva consisten en otorgar un trato preferente sobre la base de una característica protegida[496]. Como ha observado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, esto crea un conflicto potencial, dado que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (y, por interpretación, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) define la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia"[497]. Por tanto, es necesario, como ha dicho el Comité, establecer una distinción "entre las 'medidas especiales' y las preferencias injustificables"[498].

---

490 A/HRC/27/68/Add.1, párr. 25.

491 *Ibid*., párr. 27.

492 Supremo Tribunal Federal del Brasil, "STF declared the constitutionality of the quota system at the University of Brasília", 26 de abril de 2012.

493 A/HRC/WG.6/27/BRA/1, párr. 53; y A/HRC/27/68/Add.1, párr. 16 y 40.

494 A/HRC/27/68/Add.1, párr. 43.

495 A/HRC/WG.6/27/BRA/1, párr. 53.

496 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10 ("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"); y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28: "las medidas específicas... consisten en introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo insuficientemente representado o marginado" para alcanzar la igualdad.

497 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párrs. 7 y 8.

498 *Ibid*., párrs. 16 a 18.

Con el fin de distinguir las medidas especiales de las preferencias injustificables, los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han formulado criterios para el ejercicio de la acción positiva[499]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo, ha señalado que las medidas especiales deben: a) ser adecuadas a la situación que quiere remediarse, b) ser legítimas, c) ser necesarias en una sociedad democrática, d) respetar los principios de justicia y proporcionalidad y e) ser temporales[500], una posición que suscribe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[501].

Tomando en conjunto la posición de los distintos órganos pueden derivarse tres grandes principios. En primer lugar, la acción positiva debe perseguir el propósito de promover o alcanzar la igualdad. En segundo lugar, la acción positiva no debe conducir al "mantenimiento de normas desiguales o separadas"[502]. Para ello, las medidas de acción positiva deben ser de duración limitada, estar sujetas a revisiones periódicas y dejar de aplicarse cuando se alcancen los objetivos de igualdad[503]. En tercer lugar, las medidas de acción positiva deben ser necesarias en una sociedad democrática y proporcionales al objetivo perseguido.

a) Finalidad

Básicamente, la finalidad de las medidas de acción positiva es lo que hace necesaria y justifica la adopción de medidas específicas y, por lo tanto, establece una distinción entre estas medidas y la discriminación directa[504]: el resultado previsto de la acción positiva es una mayor igualdad, mientras que el resultado de la discriminación es una mayor desigualdad.

Por lo tanto, como ha observado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "las medidas especiales no equivalen a una discriminación, entre otras cosas cuando se adoptan con el 'fin exclusivo' de garantizar el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales en condiciones de igualdad"[505]. El Comité ha señalado que "este motivo debería inferirse... de la naturaleza de las propias medidas, los argumentos esgrimidos... para justificarlas y los instrumentos concebidos para ponerlas en práctica". Además, ha aclarado que: "La referencia al 'fin exclusivo' limita el alcance de los motivos aceptables para adoptar medidas especiales, en el sentido de lo dispuesto en la Convención"[506]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que las medidas especiales "deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer", reiterando que "dichas medidas... no discriminan contra el hombre"[507]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado simplemente que: "Las medidas específicas, que no han de considerarse discriminación, son medidas positivas o de acción afirmativa que tienen por finalidad acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad"[508]. El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que las medidas preferenciales serán legítimas "en cuanto son

---

499 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 24; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 16; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 28 y 29.

500 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 16.

501 La Comisión Interamericana ha señalado varios requisitos mínimos para la adopción de "medidas de acción afirmativa" (denominadas en el presente documento medidas de acción positiva). Según la Comisión, tales medidas deben: "i) ser apropiadas en relación con la situación a remediar; ii) ser legítimas; iii) ser necesarias en una sociedad democrática; iv) respetar los principios de justicia y proporcionalidad; v) ser temporales; vi) ser diseñadas e implementadas en función de una situación de necesidad; y vii) fundarse en una valoración realista de la situación de los individuos y las comunidades afectadas". Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, párr. 240.

502 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4, párr. 1.

503 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 20; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 27.

504 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10: "en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto".

505 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 21.

506 *Ibid*.

507 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 18.

508 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28.

necesarias para corregir la discriminación de hecho"[509], una posición que suscribe el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[510].

Las medidas de acción positiva no deben servir para socavar la igualdad, ni justificarse con referencia a criterios o estereotipos discriminatorios. Las medidas adoptadas con el propósito declarado de "proteger"a determinados grupos fundándose en estereotipos —como las normas que impiden que las mujeres ocupen determinados puestos de trabajo (basándose en que es necesario "protegerlas" respecto de la realización de ese tipo de trabajo), las normas que impiden que las personas con discapacidad trabajen en absoluto (porque están descalificadas en relación con la población activa por disposiciones legales que les dan derecho a recibir ayudas sociales), o las normas automáticas que excluyen a las personas mayores de la posibilidad de optar a seguros o permisos de conducir— no son medidas de acción positiva, sino políticas directamente discriminatorias. Así, en el caso *Medvedeva c. la Federación de Rusia*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer rechazó con firmeza los argumentos de que las medidas ostensiblemente "protectoras" basadas en estereotipos de género —en ese caso, reglamentos que impedían que las mujeres realizaran determinados trabajos considerados peligrosos o nocivos— fueran medidas especiales y, en cambio, las consideró directamente discriminatorias[511]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que las medidas de acción positiva "no deben perpetuar el aislamiento, la segregación, los estereotipos, la estigmatización ni otros tipos de discriminación contra las personas con discapacidad"[512].

b) Medidas de duración limitada y sujetas a revisión

Dado que las medidas de acción positiva conllevan un trato diferenciado basado en un motivo de discriminación, es esencial que solo se apliquen durante el tiempo necesario para corregir una desigualdad existente; el mantenimiento de tales medidas más allá de este punto constituiría una discriminación directa. Tanto la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establecen que las medidas de acción positiva no deben dar lugar al mantenimiento de normas desiguales o separadas[513]. Como ha establecido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, esta limitación es "funcional" y significa que "las medidas deben dejar de aplicarse cuando se hayan alcanzado de manera sostenible los objetivos para los cuales se aplicaron, o sea los objetivos de igualdad"[514], una posición suscrita casi textualmente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[515].

Existe un claro consenso en el sentido de que "temporal" no equivale a "breve": el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que la duración variará en función de los objetivos, los medios y los resultados, mientras que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que las medidas pueden ser necesarias durante "un período largo"[516]. Comparten la postura de que las medidas deben dejar de aplicarse cuando los resultados se hayan alcanzado y se hayan mantenido, y no "estableciendo un plazo determinado"[517]. En su observación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha indicado que en determinadas circunstancias pueden ser necesarias "medidas

---

509 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10.

510 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9: "Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible".

511 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Medvedeva c. la Federación de Rusia* (CEDAW/C/63/D/60/2013), párr. 11.3.

512 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 29. Véase un análisis más detallado sobre este punto en la sección I.A.4 b) de la segunda parte de la presente guía.

513 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4, párr. 1; y Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2, párr. 2.

514 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 27.

515 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 20; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9.

516 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 20; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 27.

517 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 20.

permanentes" *de facto*, "en función del contexto y las circunstancias, como una deficiencia concreta o los obstáculos estructurales de la sociedad"[518].

Dada la necesidad de garantizar que las medidas de acción positiva dejen de aplicarse cuando se haya alcanzado el objetivo de igualdad, pero no antes —y de garantizar que las medidas se mejoren si resultan ineficaces en la práctica—, todas las medidas adoptadas deben ser objeto de revisión y seguimiento periódicos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por ejemplo, ha subrayado la necesidad de "un sistema continuo de seguimiento de la aplicación y los resultados que utilice métodos de evaluación cuantitativa o cualitativa, según proceda", así como la necesidad de considerar las consecuencias de la "suspensión abrupta de las medidas especiales" para los grupos afectados[519]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha destacado la importancia de la participación, la consulta y el uso de datos para evaluar el progreso y la eficacia de las medidas especiales[520].

c) Proportionality

Por último, como ha observado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las medidas de acción positiva deben ser una "forma razonable, objetiva y proporcionada" para reducir la desigualdad[521], una postura que suscriben en gran medida los demás órganos de tratados. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha indicado que las medidas especiales deben ser legítimas, necesarias en una sociedad democrática y deben "respetar los principios de justicia y proporcionalidad"[522], mientras que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que los Estados deben adoptar medidas especiales "si se puede demostrar que dichas medidas son necesarias y apropiadas para acelerar el logro... de la igualdad sustantiva"[523].

Cabe señalar que la "necesidad" en este contexto no implica una prueba de necesidad estricta —destinada a evaluar si tal vez podrían adoptarse medidas alternativas menos restrictivas—, sino más bien una evaluación de si las medidas son "necesarias en una sociedad democrática" para cumplir el objetivo de reducir la desigualdad. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que las medidas deben "concebirse y aplicarse en función de las necesidades", y basarse en "una evaluación realista de la situación actual de las personas y comunidades afectadas"[524].

De manera similar, la evaluación de la proporcionalidad de las medidas de acción positiva debe centrarse en el grado de consecución del objetivo fijado: acelerar el progreso hacia la igualdad. La aplicación de la prueba de proporcionalidad requiere ponderar un objetivo —en este caso abordar la desventaja histórica o acelerar el progreso hacia la igualdad— en relación son cualquier daño que pueda causarse al perseguirlo. Como han observado algunos autores se trata de un delicado equilibrio que ha dado lugar a una interesante jurisprudencia, por ejemplo, en la Unión Europea[525]. Sin embargo, tal y como ha indicado el Comité de Derechos Humanos, el objetivo de las medidas especiales de carácter temporal pesa mucho en esta evaluación: "en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto"[526].

4. La acción positiva en el marco de una ley general contra la discriminación

Los distintos Estados han adoptado diferentes enfoques de la acción positiva en el marco de la legislación nacional contra la discriminación. En algunos países, se proporcionan orientaciones detalladas sobre las formas

---

[518] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 28.

[519] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 35.

[520] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párrs. 34 y 35.

[521] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 9.

[522] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 16.

[523] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 25 (2004), párr. 24.

[524] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 16.

[525] Para un análisis de los enfoques de la Unión Europea en el contexto del empleo, véase Goran Selanec y Linda Senden, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice Between Men and Women, Including on Company Boards* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013), págs. 9 a 13.

[526] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 10.

específicas de acción positiva necesarias para avanzar hacia la igualdad, mientras que, en otros, este detalle corresponde a otras leyes y políticas. Ambos enfoques pueden funcionar, aunque sigue siendo importante que toda medida específica que se adopte esté sujeta a revisión periódica y que la eficacia de las medidas se evalúe sistemáticamente. Lo más importante, para que sea eficaz, es que la legislación general contra la discriminación prevea y articule claramente el requisito de adopción de medidas de acción positiva.

Los Estados han adoptado toda una gama de medidas de acción positiva de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de igualdad, que abarcan desde la concesión de becas o ayudas especiales para promover la igualdad de acceso y participación en la educación; hasta la introducción de cuotas, el desarrollo de programas especiales de capacitación en el lugar de trabajo y la reserva de plazas en cursos de gestión en el lugar de trabajo para miembros de un grupo discriminado. Los requisitos necesarios en cada circunstancia son específicos para el contexto y deben determinarse previa consulta con una muestra representativa de los miembros del grupo beneficiario al que se aplica la medida[527]. La consulta debe llevarse a cabo de forma que se garantice la participación significativa de todos los miembros de las comunidades afectadas, prestando especial atención a la inclusión de las mujeres y las niñas.

KOSOVO: ARTÍCULO 6 DE LA LEY SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO

1. Las instituciones públicas adoptarán medidas especiales de carácter temporal para acelerar la realización de la igualdad real entre mujeres y hombres en los ámbitos en que existan desigualdades.

2. Entre las medidas especiales cabe citar:

2.1. Las cuotas para lograr la igualdad de representación de mujeres y hombres;

2.2. Los programas de apoyo para aumentar la participación del sexo menos representado en la adopción de decisiones y la vida pública;

2.3. El empoderamiento económico y las medidas para mejorar la posición de las mujeres o los hombres en el ámbito laboral, la mejora de la igualdad en la educación, la atención de la salud, la cultura y la asignación o reasignación de recursos;

2.4. El trato, la selección, la contratación y la promoción preferenciales, y otras medidas en todos los ámbitos en el que existan desigualdades.

…

6. No constituye discriminación por razón de sexo el hecho de que las instituciones públicas adopten medidas especiales, incluidas disposiciones jurídicas, para acelerar la implantación de la igualdad real entre mujeres y hombres. Estas medidas deben dejar de existir cuando alcancen los objetivos de igualdad de género para los cuales se establecieron.

7. Los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales a todos los niveles y otras instituciones públicas estarán obligados a adoptar y aplicar medidas especiales para aumentar la representación del género menos representado, hasta que se alcance la igualdad de representación de mujeres y hombres de conformidad con esta Ley.

8. La igualdad de representación de género en todos los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales y otras instituciones públicas se consigue cuando se garantiza una representación mínima del cincuenta por ciento (50 %) para cada género, incluidos sus órganos decisorios y de gobierno.

C. Obligaciones en materia de igualdad

Además de garantizar la prohibición completa y efectiva de todas las formas de discriminación y de exigir y ordenar la adopción de medidas positivas destinadas a afrontar las desigualdades sustantivas, los Estados

[527] Véase, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 29; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 32 (2009), párr. 18.

tienen otras obligaciones proactivas de eliminar la discriminación y garantizar la igualdad de participación. En particular, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la obligación de garantizar la accesibilidad al entorno, el transporte, los servicios, las instalaciones y la información y las comunicaciones para las personas con discapacidad. La aprobación de esta norma ha llevado a comprender cada vez mejor que las obligaciones de garantizar la igualdad de acceso a las personas expuestas a la discriminación por otros motivos son inherentes a los derechos establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. Por otra parte, cada vez más Estados han impuesto obligaciones legales en materia de igualdad —un marco jurídico a través del cual la consideración de los derechos a la igualdad y a la no discriminación se integra en los procesos de adopción de decisiones— como medio para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional.

1. Accesibilidad

RESUMEN

- **La accesibilidad es una obligación proactiva y sistémica que exige la adopción y la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la igualdad de acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, los lugares de trabajo, la educación y atención de salud, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. El Estado tiene la obligación de garantizar la accesibilidad en todos los ámbitos de la vida. El incumplimiento de las normas de accesibilidad es una forma de conducta prohibida. Se trata de una obligación ex ante, que existe con independencia de una solicitud individual de acceso; es una obligación incondicional, en el sentido de que el incumplimiento no puede excusarse aludiendo a la carga que supone para el proveedor.**
- **Las leyes contra la discriminación deben imponer a los actores estatales y privados la obligación de detectar y eliminar las barreras que dificultan la igualdad de acceso. También deben establecer la obligación del Estado de desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre accesibilidad.**
- **El incumplimiento de las normas de accesibilidad es una forma de discriminación y, por tanto, debe prohibirse en el marco de una ley general contra la discriminación.**

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad impone a los Estados partes la obligación de asegurar a las personas con discapacidad el acceso, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y a los servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. El artículo 9 incluye tanto la obligación negativa de detectar y eliminar las barreras que impiden la igualdad de acceso como la obligación positiva de asegurar proactivamente la accesibilidad. El artículo 9, párrafo 1, establece que los Estados tienen la obligación de detectar y eliminar los obstáculos y las barreras en ámbitos que incluyen, entre otros, los edificios, las carreteras, el transporte y otras instalaciones, así como la información, las comunicaciones y otros servicios. El artículo 9, párrafo 2, exige que los Estados adopten una serie de medidas proactivas, por ejemplo, desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público, y asegurar que "las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad".

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha analizado con detalle el contenido de la obligación establecida en el artículo 9. En su observación general núm. 2 (2014), el Comité señala que la accesibilidad está intrínsecamente relacionada con la prohibición de la discriminación, y afirma que:

> **En la medida en que los bienes, productos y servicios están abiertos al público o son de uso público, deben ser accesibles a todas las personas... Las personas con discapacidad deben tener igualdad de acceso a todos los bienes, productos y servicios abiertos al público o de uso público de una manera que garantice su acceso efectivo y en condiciones de igualdad y respete su dignidad. Este enfoque**

se basa en la prohibición de la discriminación; la denegación de acceso debe considerarse un acto discriminatorio, independientemente de que quien lo cometa sea una entidad pública o privada[528].

Como se indica más adelante, en su jurisprudencia, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha determinado que los Estados infringen la Convención pertinente al no cumplir sus disposiciones relativas a la accesibilidad.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece una distinción entre la obligación inmediata de los Estados de garantizar el acceso a los nuevos objetos, infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la obligación de eliminar las barreras[529]. El Comité aclara además que la accesibilidad es una obligación *ex ante*, que no requiere una solicitud individual de acceso, y una obligación incondicional, en el sentido de que el hecho de no garantizar el acceso no puede excusarse haciendo referencia a la carga que supone para el proveedor; en estos dos aspectos, la accesibilidad se distingue de los ajustes razonables[530]. En su más reciente observación general núm. 6 (2018), el Comité distingue entre la "obligación proactiva y sistémica" de garantizar la accesibilidad y la "obligación reactiva individualizada" de realizar ajustes razonables[531].

El carácter proactivo y sistémico de la obligación de garantizar la accesibilidad conlleva a su vez la obligación de fijar plazos y asignar recursos adecuados, prescribir... los deberes [de] las diferentes autoridades, establecer mecanismos de supervisión efectivos y prever sanciones contra quienes incumplan las normas de accesibilidad[532]. A través de estas medidas, los Estados deben garantizar la eliminación de las barreras "de modo continuo y sistemático, en forma gradual pero constante"[533]. Los Estados partes están obligados a aprobar y promulgar normas nacionales de accesibilidad y a supervisarlas, en consulta con las personas con discapacidad, y tras proceder a un examen exhaustivo de las leyes sobre la accesibilidad; la legislación debe disponer la aplicación obligatoria de las normas de accesibilidad y la imposición de sanciones a quienes no las apliquen[534].

NYUSTI Y TAKÁCS C. HUNGRÍA[535]

Dos ciudadanos húngaros con deficiencia visual presentaron una denuncia ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alegando que Hungría no había garantizado servicios bancarios accesibles para las personas con deficiencia visual, en contravención de lo dispuesto en el artículo 9, párrafo 2 b), de la Convención. En concreto, los demandantes alegaron que el Banco OTP, del que ambos eran clientes de pago, había fallado en la provisión de cajeros automáticos, que carecían de teclados en braille, de un sistema de voz para recibir instrucciones o asistencia u otros mecanismos para garantizar la accesibilidad de las personas con deficiencia visual.

El Comité determinó que, si bien el Estado había adoptado medidas para mejorar la accesibilidad de los cajeros automáticos proporcionados por OTP y otras instituciones, ninguna de estas medidas había garantizado la accesibilidad y que, por tanto, había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 9, párrafo 2 b). Recomendó al Estado que adoptara medidas tanto a nivel individual como general. Con respecto a los demandantes, el Comité señaló la obligación del Estado de poner remedio a la falta de accesibilidad y ofrecerles una indemnización adecuada. A nivel general, señaló que el Estado tenía la obligación de garantizar la no reincidencia, en particular: a) estableciendo "normas mínimas sobre la accesibilidad de los servicios bancarios", incluido "un marco legislativo con criterios de referencia concretos, de obligado cumplimiento y con plazos determinados"; b) "impartiendo formación adecuada y periódica sobre el ámbito de aplicación de la Convención"; y c) "velando por que su legislación

---

528 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014), párr. 13.

529 *Ibid*., párr. 24.

530 *Ibid*., párr. 25.

531 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 24.

532 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014), párr. 25.

533 *Ibid*., párr. 27.

534 *Ibid*., párr. 28.

535 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Nyusti y Takács c. Hungría* (CRPD/C/9/D/1/2010), párrs. 9.6 y 10, párr. 2 a) a c).

y el modo en que los tribunales nacionales la aplican... no tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el... ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos de las personas con discapacidad".

Además del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, muchos otros órganos de tratados también han reconocido la obligación de garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad[536]. Las obligaciones de accesibilidad también se han reconocido a nivel regional. El artículo 15 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas con Discapacidad en África establece el derecho al "acceso sin barreras al entorno físico, el transporte, la información, incluidos los sistemas y las tecnologías de la comunicación, y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público" y exige que los Estados adopten medidas "razonables y progresivas" para facilitar el pleno disfrute de este derecho. En 2019 se aprobó la Ley Europea de Accesibilidad, que establece normas mínimas de accesibilidad en toda la Unión Europea a partir de 2025 para los productos y servicios desarrollados[537].

Accesibilidad por otros motivos

En su observación general núm. 2 (2014), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad explicó que "la accesibilidad debe considerarse una reafirmación, desde el punto de vista específico de la discapacidad, del aspecto social del derecho al acceso" establecido, en particular, en el artículo 25 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité señaló también un paralelismo con la obligación de garantizar la igualdad de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, prevista en el artículo 5 f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[538], reconociendo al mismo tiempo la diferencia entre la denegación de acceso basada en prejuicios y la denegación a causa de barreras físicas u otras barreras preexistentes.

En ambos aspectos, la posición del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad refleja el hecho de que los Estados tienen la obligación de garantizar la no discriminación en el goce de todos los demás derechos humanos y en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley, y que esta obligación conlleva a su vez derechos de acceso. Así, por ejemplo, en su observación general núm. 14 (2000) relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció que el derecho a la salud incluía, entre sus "elementos esenciales", un derecho de accesibilidad: "Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte"[539]. El Comité indicó que la accesibilidad presentaba cuatro dimensiones: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica (asequibilidad); y acceso a la información[540]. El Comité de Derechos Humanos ha observado que los Estados tienen la obligación de garantizar la accesibilidad de los servicios de la administración pública; en sus observaciones finales sobre Israel, el Comité consideró que el Estado debía lograr "que su administración pública sea plenamente accesible para todas las minorías lingüísticas y... asegurar la total accesibilidad en todos los idiomas oficiales, incluido el árabe"[541]. De manera similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que "para cumplir el criterio de la no discriminación, la educación debe ser accesible, tanto por ley como en la práctica, para todas las niñas y mujeres"[542].

Así, si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el único instrumento de derechos humanos de las Naciones Unidas que articula explícitamente una obligación de accesibilidad, es evidente que la obligación de garantizar el acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación a los derechos

---

536 Véase, por ejemplo, CCPR/C/GIN/CO/3, párr. 18; E/C.12/DNK/CO/6, párr. 22; CEDAW/C/SUR/CO/4-6, párr. 47; CERD/C/CAN/CO/21-23, párr. 26; y CRC/C/TUV/CO/2-5, párr. 38 e).

537 Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

538 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014), párr. 4.

539 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000), párr. 12 b) (se ha omitido la nota a pie de página).

540 *Ibid*.

541 CCPR/C/ISR/CO/3, párr. 23.

542 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 36 (2017), párr. 20.

humanos, así como a los bienes y servicios disponibles para el público, está implícita en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Para cumplir sus obligaciones de garantizar la no discriminación en el disfrute de los derechos y el acceso a los bienes y servicios, los Estados deben modificar o eliminar las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y suprimir las barreras que impiden el acceso; y adoptar y aplicar normas de accesibilidad proactivas.

2. Obligaciones legales en materia de igualdad

RESUMEN

- **Las obligaciones en materia de igualdad ofrecen un medio eficaz y necesario para dar efectividad a los derechos a la igualdad y la no discriminación y garantizar su integración en la labor de las autoridades públicas y otros garantes de derechos. Permiten que los Estados cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación.**
- **En la práctica nacional, los Estados han impuesto una amplia gama de obligaciones en materia de igualdad, que pueden dividirse en tres categorías principales: a) obligaciones preventivas, que pretenden evitar los actos de discriminación antes de que se produzcan; b) obligaciones institucionales, con las que se trata de promover la igualdad en el trabajo de las organizaciones de los sectores público y privado; y c) obligaciones de integración, con las que se intenta integrar y centralizar la planificación de la igualdad en los ámbitos de la adopción de decisiones en la esfera pública.**

En un número creciente de países se han establecido obligaciones legales en materia de igualdad como medio para cumplir las obligaciones que incumben a los Estados con respecto a la igualdad y la no discriminación. Con esas obligaciones se trata de asegurar un cambio social e institucional al ofrecer un marco jurídico a través del cual los derechos a la igualdad y a la no discriminación puedan integrarse en los procesos de adopción de decisiones y ser interiorizados por los garantes de derechos. Se han adoptado varios modelos diferentes de ese tipo de obligaciones, y todos se centran en la eliminación de la discriminación y la consecución de la igualdad sustantiva[543]. Así pues, las obligaciones relativas a la igualdad tienen una doble función: permiten que los Estados cumplan su obligación de abstenerse de discriminar y, al mismo tiempo, proporcionan un mecanismo a través del cual puede hacerse efectivo el derecho a la igualdad, respaldando así la adopción de medidas de acción positiva.

Las obligaciones legales en materia de igualdad imponen a los garantes de derechos pertinentes la obligación de seguir un determinado proceso de toma de decisiones o de adoptar un procedimiento destinado a integrar los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Estas obligaciones pueden ser considerablemente diferentes, tanto respecto de sus objetivos y resultados como de la mecánica de funcionamiento. En algunos países, como el Reino Unido, las obligaciones relativas a la igualdad se formulan en términos generales, exigiendo que los organismos públicos tengan debidamente en cuenta la necesidad de eliminar la discriminación, promuevan la igualdad de oportunidades y fomenten las buenas relaciones entre las personas en el desempeño de sus actividades[544]. En otros países, puede exigirse un conjunto específico de medidas, como la adopción de un plan de igualdad o la recopilación de datos desglosados en ámbitos como el empleo o la educación.

Los imperativos de las obligaciones en materia de igualdad son de naturaleza procesal y son exigibles, aunque no haya una víctima concreta de discriminación. En este sentido, estas obligaciones marcan un cambio de un modelo "reactivo" de legislación contra la discriminación, que pretende remediar las violaciones de derechos individuales, a un modelo proactivo "basado en el cumplimiento", según el cual el incumplimiento de una obligación procesal de adoptar o seguir un requisito de política previsto en la ley puede dar lugar por sí mismo

---

[543] Véase, en general, Niall Crowley, *Making Europe More Equal: A Legal Duty?* (Brussels, Equinet, 2016). Disponible en www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positiveequality_duties-finalweb.pdf.

[544] Ley de Igualdad, 2010, art. 149, párr. 1.

a una reclamación jurídica[545]. Estos dos sistemas se apoyan mutuamente y pueden reafirmarse. En algunos países, como Suecia, por ejemplo, el incumplimiento de una obligación legal en materia de igualdad puede servir para respaldar una demanda por discriminación al dar lugar a una inferencia de discriminación[546].

En 2016, Equinet, la Red Europea de Organismos de Igualdad, publicó un estudio sobre el uso de las obligaciones legales en materia de igualdad en Europa que proponía una tipología de obligaciones de igualdad con tres categorías principales: a) obligaciones preventivas, destinadas a evitar los actos de discriminación; b) obligaciones institucionales, destinadas a promover el derecho a la igualdad; en la labor de las organizaciones de los sectores público y privado; y c) obligaciones de integración, destinadas a centralizar la igualdad en los procesos de adopción de decisiones de las autoridades públicas[547]. Aunque queda fuera del alcance de la presente guía proceder a un examen detallado de estas categorías, más adelante figura una introducción a cada uno de los modelos básicos y su ámbito de aplicación. En 2022 se publicó un compendio de buenas prácticas en este ámbito[548].

a) Obligaciones preventivas

Las obligaciones preventivas requieren que los garantes de derechos adopten medidas destinadas a evitar que se produzcan actos de discriminación. Estas obligaciones suelen articularse en términos amplios, por ejemplo, exigiendo que un empleador adopte medidas para prevenir la discriminación en el lugar de trabajo, aunque a veces se expresan de forma más concreta, por ejemplo, imponiendo la condición de que una organización adopte una política contra el acoso en el lugar de trabajo o publique datos relativos a la igualdad de retribución[549]. Si bien las obligaciones preventivas están estrechamente vinculadas a la obligación inmediata de abstenerse de discriminar[550], se diferencian de las disposiciones contra la discriminación en el hecho de que el incumplimiento se produce por no seguir el procedimiento pertinente, por lo que no es necesario aportar pruebas de una violación de derechos. A este respecto, las obligaciones preventivas son útiles para combatir formas estructurales de discriminación, especialmente en aquellos ámbitos en los que las personas pueden verse disuadidas de interponer demandas, como el sector laboral.

b) Obligaciones institucionales

Las obligaciones institucionales en materia de igualdad consisten en la imposición a las organizaciones privadas (así como a los organismos del sector público) de la obligación de examinar sus políticas, procedimientos y prácticas internas, y de integrar la planificación de la igualdad en sus modos de trabajo. De esta manera, las obligaciones institucionales pueden contribuir a facilitar las condiciones necesarias para cuestionar las normas institucionales arraigadas que conducen a la discriminación y perpetúan la desigualdad[551]. Equinet define las obligaciones institucionales en materia de igualdad como las obligaciones legales que tienen las organizaciones de promover la igualdad para los empleados o para las personas que acceden a sus servicios[552]. Estas obligaciones suelen imponerse en los ámbitos del empleo y la educación, pero también pueden aplicarse a muchos más ámbitos de la vida. Las obligaciones institucionales pueden abarcar una amplia gama de medidas de aplicación proactiva que se examinan en otras partes de la presente guía, incluida la preparación de planes de acción para la igualdad (que pueden incluir estrategias de capacitación y sensibilización sobre la igualdad), la recopilación de datos desglosados para basar la planificación de la igualdad y las medidas para promover la diversidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que "debe exigirse a las instituciones públicas y privadas que elaboren planes de acción para combatir la discriminación"[553]. En virtud de este principio, en muchas jurisdicciones nacionales se han impuesto obligaciones legales positivas a empresarios,

---

545 Beth Gaze y Belinda Smith, *Equality and Discrimination Law in Australia: An Introduction* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2016), cap. 8 (acción positiva).

546 Presentación de la Universidad de Estocolmo/Defensor de la Igualdad de Suecia.

547 Crowley, *Making Europe More Equal*, págs. 8 y 9.

548 Equinet, "Compendium of good practices on equality mainstreaming: the use of equality duties and equality impact assessments" (Bruselas, 2021).

549 *Ibid*., págs. 16 a 21. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 23 (2016), párrs. 48 y 62.

550 Para más información sobre este marco, véase la sección I.B de la primera parte de la presente guía.

551 Crowley, *Making Europe More Equal*, págs. 10 y 11.

552 *Ibid*., pág. 8.

553 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 38.

autoridades locales u otros organismos para para que actúen de forma planificada y sistemática en la promoción de la igualdad y la lucha contra la discriminación. Algunos organismos de igualdad han sido facultados para respaldar y hacer cumplir esas obligaciones, que han demostrado ser fundamentales para hacer frente a la discriminación sistémica y avanzar hacia la consecución de la plena igualdad en la práctica.

IRLANDA DEL NORTE: OBLIGACIONES EN MATERIA DE IGUALDAD EN VIRTUD DEL DECRETO SOBRE IGUALDAD LABORAL Y DE TRATO

En 1998 se aprobó el Decreto sobre Igualdad Laboral y de Trato (Irlanda del Norte), que consolida y amplía la legislación anterior. En virtud del Decreto, los empresarios con más de diez empleados deben supervisar la composición comunitaria de su plantilla (definida en la ley como "comunidad protestante o comunidad católica romana") y presentar informes anuales a la Comisión de Igualdad de Irlanda del Norte. Si, durante este proceso, un empleador detecta carencias en la representación proporcional de su plantilla, debe adoptar medidas correctivas para subsanar el desequilibrio. El artículo 55 del Decreto exige a los empleadores que lleven a cabo un examen completo de sus políticas y prácticas de empleo pertinentes (por ejemplo, en relación con la contratación y la promoción) al menos cada tres años. A fin de garantizar una participación equitativa en el empleo, los empleadores están facultados para emprender acciones afirmativas y la Comisión de Igualdad, que puede imponer sanciones en caso de incumplimiento, podría exigirles que aplicaran medidas de acción positiva.

El Decreto ha resultado ser un importante factor de cambio con respecto a la igualdad en el empleo de la fuerza de trabajo en Irlanda del Norte. En 2004, una evaluación del marco de empleo equitativo en Irlanda del Norte[554] reveló:

a) Una mejora sustancial del perfil laboral de los católicos;

b) Un aumento considerable del número de personas empleadas en lugares de trabajo integrados, en contraste con la segregación persistente en las viviendas públicas;

c) Que los empresarios afirman que una legislación sólida ha contribuido a cambiar las prácticas y que las pruebas indican que los acuerdos de acción positiva han ayudado a corregir la representación insuficiente en el lugar de trabajo[555].

El compromiso en favor de la igualdad previsto en el Decreto también ha servido para reforzar la diversidad y corregir los obstáculos internos que dificultan la inclusión y el adelanto de las mujeres, las minorías, las personas con discapacidad, las personas que viven con el VIH/sida, los no ciudadanos y otras personas.

En términos conceptuales, estos decretos complementan el actual sistema de respuesta a la discriminación denominado de "alarma de incendios" (es decir, que depende de la denuncia de una víctima), con un sistema adicional de "patrulla policial" (es decir, de revisión periódica de las cuestiones de igualdad y diversidad en distintas empresas). La experiencia indica que, para hacer frente a la exclusión de grupos estigmatizados o marginados, se necesitan sistemas de control tanto de "alarma de incendios" como de "patrulla policial"[556]. Debido al éxito del modelo, otros países también han incluido facultades similares en las leyes generales contra la discriminación nacionales y han otorgado facultades para la supervisión de la diversidad a las autoridades locales[557].

---

554 Robert D. Osborne e Ian Shuttleworth, editores, *Fair Employment in Northern Ireland, A Generation On* (Belfast, Blackstaff Press, 2004).

555 *Ibid*.

556 Sobre los mecanismos de supervisión administrativa "patrulla policial" y "alarma de incendios" en el ámbito del derecho de igualdad, véase Ayelet Shachar, "Privatizing diversity: a cautionary tale from religious arbitration in family law", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, núm. 2 (2008).

557 Véase, por ejemplo, la Ley núm. CXXV de Hungría de 2003 sobre Igualdad de Trato y Promoción de la Igualdad de Oportunidades, en su versión modificada. El artículo 14, párrafo 1 a), de la Ley estipula, en la lista de las tareas asignadas, que el Comisionado para los Derechos Fundamentales investigará, previa solicitud, si los empresarios que estaban obligados a ello adoptaron o no un plan de igualdad de oportunidades, y tomaron una decisión basada en la investigación. El artículo 17/A, párrafo 6, de la Ley (relativo a las consecuencias jurídicas de la infracción) estipula: Si la Autoridad determina que un empresario que estaba obligado a adoptar un plan de igualdad de oportunidades no lo ha hecho, invitará al empresario a rectificar la omisión, y podrá imponer las consecuencias jurídicas especificadas en el párrafo 1 c) a e), aplicando al mismo tiempo en consecuencia los párrafos 3 y 4.

c) Obligaciones de integración

Las obligaciones de integración regulan la actuación de las autoridades públicas y pretenden integrar la planificación de la igualdad en todos los niveles de la adopción de decisiones públicas, incluida la elaboración de legislación, presupuestos, políticas y programas[558]. Tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer como el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han reconocido la obligación de los Estados de integrar las consideraciones relativas a la igualdad en el proceso de formulación de políticas[559].

INDIA: OBLIGACIONES EN MATERIA DE IGUALDAD EN VIRTUD DEL PROYECTO DE LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y EN FAVOR DE LA IGUALDAD

Los artículos 14 a 16 de la Ley contra la Discriminación y en favor de la Igualdad de la India[560] establecen tres obligaciones que deben cumplir los garantes de derechos señalados en la Ley, a saber: a) una obligación relativa a la lucha contra la discriminación; b) una obligación relativa a la diversificación; y c) una obligación relativa a la debida consideración.

La obligación relativa a la lucha contra la discriminación se detalla en el artículo 14 del proyecto de ley. Esta obligación requeriría que los garantes de derechos pertinentes se abstuvieran de discriminar y establecieran un mecanismo formal de denuncia fácilmente accesible, independiente y ampliamente difundido, de conformidad con las orientaciones publicadas por la Comisión Central de Igualdad (cuya creación está prevista en el capítulo III).

La obligación relativa a la diversificación, que se detalla en el artículo 15, requeriría que: "Las autoridades públicas, los propietarios o las entidades que gestionen más de cincuenta unidades residenciales, las instituciones de enseñanza secundaria o superior, los particulares que desempeñen funciones públicas y los empleadores con más de cien empleados calculen, publiquen y comuniquen su Índice de Diversidad a la Comisión Estatal de Igualdad, en el formulario prescrito por la Comisión Central de Igualdad".

Las personas y los organismos a quienes incumba la obligación relativa a la diversificación deberán adoptar medidas para lograr de forma progresiva la diversificación en todos los aspectos de su labor y en el desempeño de sus responsabilidades. A las autoridades públicas se les exigirá, además, que impartan sesiones de capacitación periódicas a su personal con el fin de sensibilizarles sobre la importancia de la igualdad, la lucha contra la discriminación y la diversidad, y educarles para alcanzar los objetivos de esta Ley.

La obligación relativa a la debida consideración se establece en el artículo 16 y dispone lo siguiente: "Todas las autoridades públicas, al formular una norma, un reglamento, una política o una decisión estratégica, tendrán debidamente en cuenta la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación para promover la igualdad y la diversidad".

Los recursos por incumplimiento de las obligaciones relativas a la lucha contra la discriminación, la diversificación y la debida consideración se establecen en el artículo 33 y pueden incluir cualquier orden, declaración, requerimiento, reparación o indemnización apropiados. Pueden consistir, por ejemplo, en una orden de indemnización por daños y perjuicios (y de indemnización ejemplar en casos de discriminación agravada), una orden de pedir disculpas y garantizar la no repetición y una orden de recibir capacitación.

Equinet señala cuatro enfoques adoptados en Europa para la integración de las obligaciones: a) un "enfoque relativo a un plan de igualdad", que requiere el análisis de las diferentes situaciones y experiencias de discriminación y desigualdad y la definición de objetivos, metas y medidas para abordarlas; b) un "enfoque

---

[558] Crowley, *Making Europe More Equal*, pág. 30.

[559] Tanto en sus recomendaciones generales como en sus observaciones finales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha reconocido las obligaciones de los Estados relativas a la incorporación de la perspectiva de género. Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 24 (1999), párr. 31 a); y CEDAW/C/BGR/CO/8, párr. 14 a). Véase también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1 c); y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 14 y 15.

[560] Para más información sobre el proyecto de ley y sus antecedentes legislativos, véase la sección III.D de la primera parte de la presente guía.

relativo a la coordinación", que requiere la colaboración institucional entre departamentos gubernamentales, en particular, para formular una estrategia global de igualdad; c) un "enfoque relativo al proceso", que requiere la integración de la igualdad en los procesos existentes del sector público, por ejemplo, en el caso de las adquisiciones públicas; y d) un "enfoque relativo a la evaluación del impacto sobre la igualdad"[561]. Este último enfoque —que se aplica, por ejemplo, en Bélgica, Estonia, Finlandia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte[562]— se analiza con más detalle a continuación, habida cuenta de la función más amplia que desempeña la evaluación del impacto sobre la igualdad en el cumplimiento por los Estados de las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional.

VICTORIA (AUSTRALIA): LEY DE IGUALDAD DE GÉNERO

La Ley de Igualdad de Género de Victoria (Australia) se aprobó en 2020 y entró en vigor el 31 de marzo de 2021. Se aplica a los organismos del sector público y tiene dos funciones principales.

En primer lugar, la Ley impone a las organizaciones la obligación positiva de incorporar la igualdad de género en la formulación de políticas y programas, así como en la prestación de servicios públicos (art. 7). Esta obligación requiere que las organizaciones: a) tomen en consideración y promuevan la igualdad de género; y b) adopten las medidas necesarias y proporcionadas para lograr la igualdad de género. Aunque esta obligación no es directamente exigible, es la primera de este tipo en Australia.

En segundo lugar, la Ley establece un proceso de examen, presentación de informes, supervisión y cumplimiento para avanzar hacia la igualdad de género en el empleo en los organismos del sector público, haciendo hincapié en la igualdad interseccional. Este proceso se sustenta en los requisitos de realizar auditorías de género de la plantilla, adoptar planes de igualdad de género basados en las auditorías, que deben actualizarse cada cuatro años, realizar progresos razonables y materiales en relación con el plan de igualdad de género e informar públicamente cada dos años sobre los avances logrados respecto del plan al Comisionado para la Igualdad de Género del Sector Público, que está facultado para expedir notificaciones de cumplimiento y aceptar compromisos exigibles si no se realizan progresos. Los indicadores de igualdad de género previstos en la Ley incluyen: composición por sexos de la plantilla en todos los niveles; composición por sexos de los órganos rectores; igual remuneración por un trabajo de valor igual o comparable; acoso sexual; prácticas de contratación y promoción; disponibilidad y utilización de las condiciones y prácticas relativas a la violencia familiar, las licencias, las modalidades de trabajo flexibles y las modalidades de trabajo que apoyan a los empleados con responsabilidades familiares o de cuidado de otras personas; segregación basada en el género en el lugar de trabajo; y cualquier cuestión que se añada de conformidad con el reglamento.

3. Garantizar la efectividad de las obligaciones en materia de igualdad

Los Estados conservan un amplio grado de discrecionalidad en cuanto a los medios a través de los cuales deciden aplicar sus obligaciones proactivas en materia de igualdad y, como se ha comentado anteriormente, en el plano nacional se ha adoptado una serie de modelos diferentes, mediante el establecimiento de obligaciones legales en materia de igualdad que pretenden sistematizar y hacer efectiva su aplicación. Cuando se establecen obligaciones legales en materia de igualdad, de la práctica de los órganos de tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas se desprende claramente que deben cumplir unos requisitos mínimos básicos. En particular, estas obligaciones deben incluir las formas interseccionales de discriminación[563], deben aplicarse de manera uniforme en todos los órganos públicos[564], en múltiples ámbitos de la vida[565] y deben ir

---

561 Crowley, *Making Europe More Equal*, págs. 30 a 40.

562 *Ibid*., pág. 30.

563 Véase, por ejemplo, CEDAW/C/GBR/CO/8, párr. 16 c).

564 *Ibid*., párr. 16 b).

565 En su visita al Reino Unido, por ejemplo, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia recomendó que la obligación de igualdad en el sector público se aplicara en todos los contextos necesarios, incluido el de las funciones de inmigración (A/HRC/41/54/Add.2, párr. 74 d)).

acompañadas de orientaciones legales que faciliten su aplicación[566]. En los casos en que los Estados hayan adoptado obligaciones en materia de igualdad, es importante que estén sujetas a mecanismos legales claros de aplicación para garantizar su eficacia[567].

[566] CEDAW/C/GBR/CO/7, párr. 17.

[567] Crowley, *Making Europe More Equal*, pág. 46.

II. RECURSO

RESUMEN

- **Las leyes contra la discriminación deben prever un recurso efectivo contra esta práctica. Los recursos pueden consistir, aunque no exclusivamente, en: sanciones impuestas a quienes hayan sido declarados responsables de discriminación; reparaciones, incluidos el reconocimiento, la indemnización y la restitución para las víctimas de discriminación; y medidas institucionales y sociales destinadas a afrontar las causas y consecuencias sociales de la discriminación.**
- **Las leyes contra la discriminación deben prever sanciones por discriminación que sean efectivas, disuasorias y proporcionadas.**
- **Las leyes contra la discriminación deben prever el reconocimiento y la reparación para las víctimas de discriminación, también en forma de indemnización, restitución y rehabilitación. Las reparaciones deben centrarse en las víctimas y tener en cuenta la igualdad.**
- **Las leyes contra la discriminación deben facultar a los tribunales y los órganos encargados de resolver casos de discriminación para que ordenen las medidas institucionales o sociales adecuadas a fin de corregir, disuadir y prevenir la discriminación y garantizar la no repetición.**
- **Cuando las leyes nacionales especifiquen tipos de recursos para las víctimas de discriminación, esas listas de posibles recursos no deben ser exhaustivas; los tribunales y otros órganos jurisdiccionales deben tener facultades discrecionales y libertad para establecer recursos que sean adecuados en cuanto a tipo, alcance y orden al perjuicio en cuestión en cada caso.**

Los Estados no cumplen su obligación de proporcionar protección contra la discriminación simplemente prohibiendo la discriminación en la ley. También deben velar por que el derecho a la no discriminación sea efectivo en la práctica. Un elemento esencial para el logro de esta eficacia es asegurar que las vulneraciones del derecho se reparen, se impongan sanciones, se ofrezca a las víctimas reconocimiento, recompensa y restitución, y se adopten medidas para garantizar la no repetición.

El derecho a un recurso efectivo contra la discriminación incluye una serie de elementos. En primer lugar, un recurso efectivo requiere llevar a los autores ante la justicia y asegurar la imposición de sanciones efectivas. En segundo lugar, exige reparaciones que tengan en cuenta la igualdad en forma de indemnización por daños materiales y morales, junto con las medidas de restitución y rehabilitación necesarias para devolver a las víctimas a las situaciones de las que habrían disfrutado de no haberse producido la discriminación. Las reparaciones sensibles a la igualdad son las que "tienen en cuenta relaciones de género preexistentes y desequilibrios de poder" entre los diferentes grupos "para garantizar una evaluación justa del daño infligido" y "el acceso equitativo a —y los beneficios de— [la] reparación"[568]. La reparación abarca el elemento esencial del reconocimiento del daño, incluido, cuando proceda, el debido reconocimiento público. En tercer lugar, un recurso efectivo requiere la adopción y aplicación de medidas que vayan más allá del hecho de afrontar y corregir el daño causado al demandante y se centren en reparar y abordar las causas y consecuencias de la discriminación histórica, estructural o sistémica. Cabe considerar que estos tres elementos del recurso se centran, respectivamente, en la víctima, en el autor y en la sociedad.

Puede entenderse que el tercer grupo de recursos incluye tanto los institucionales como los sociales. Los recursos institucionales son aquellos que ordenan la eliminación de leyes, políticas o prácticas discriminatorias y exigen las reformas o los cambios organizativos o estructurales necesarios para rectificar la discriminación y evitar que se repita. Los recursos sociales incluyen programas de educación y sensibilización, memoriales públicos y apologías públicas y otras medidas encaminadas a reparar las desventajas del pasado, abordar las causas profundas de la discriminación, exponer, examinar y afrontar los prejuicios, los estereotipos y la

---

[568] Secretario General, "Nota Orientativa del Secretario General: reparaciones por la violencia sexual relacionada con los conflictos" (2014), pág. 6. Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/PeaceAndSecurity/ReparationsForCRSV_sp.pdf. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015).

estigmatización, y fomentar la solidaridad con las personas y grupos afectados. Las reparaciones de este tipo reflejan la importancia de la no repetición como elemento esencial de los recursos efectivos. También reflejan el hecho de que la discriminación tiene efectos perniciosos y de gran alcance en la sociedad y puede ser tanto la causa como la consecuencia de fuerzas sociales negativas, como el capacitismo, el edadismo, la homofobia, el racismo, el sexismo, la transfobia y la xenofobia, que causan perjuicios a nivel individual, comunitario y social.

Está firmemente establecido que las personas cuyos derechos han sido violados tienen que poder acceder a un recurso efectivo. Así, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial incluye, en su artículo 6, un derecho explícito a un recurso efectivo contra la discriminación racial. En su recomendación general núm. 26 (2000), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial afirmó que eso comprendía tanto el castigo de los autores como los daños pecuniarios y morales[569]. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la obligación específica de los Estados de garantizar que se pueda interponer un recurso por cualquier violación de los derechos del Pacto, y el Comité de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que los Estados deben garantizar que los supervivientes de discriminación dispongan de recursos accesibles y efectivos para hacer valer sus derechos[570], incluido el derecho a la no discriminación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que las instituciones que se ocupan de la discriminación deben estar facultadas para proporcionar recursos efectivos, como "indemnización, reparación, restitución, rehabilitación, garantías de que no se repetirá el hecho y excusas públicas"[571]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha hecho recomendaciones similares[572], señalando la obligación de los Estados de que "establezcan y hagan cumplir recursos jurídicos apropiados y oportunos para la discriminación" y "aseguren que los recursos sean adecuados, efectivos, atribuidos con prontitud, holísticos y proporcionales a la gravedad del daño sufrido"[573]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha hecho hincapié en que las sanciones por incumplimiento del derecho a la no discriminación deben ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias"[574].

El Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 31 (2004), relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha observado que "la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como [el] sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos"[575]. El Comité ha observado, además, que "en general, los objetivos del Pacto no se alcanzarían sin una obligación... de adoptar medidas para evitar que vuelva a producirse una violación", y ha señalado sus propios llamamientos reiterados a "adoptar medidas, además del recurso de una víctima concreta, para evitar que se repita ese tipo de violación"[576]. Las recomendaciones del Comité a este respecto se ajustan a los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, en los que se enumeran los cinco elementos de una "reparación plena y efectiva": la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición[577].

---

[569] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 26 (2000), párr. 2.

[570] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 3; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 15.

[571] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

[572] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 32.

[573] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 19 a) y b).

[574] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 31 f).

[575] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 16.

[576] *Ibid*., párr. 17.

[577] Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (resolución 60/147 de la Asamblea General, anexo), párrs. 15 a 22, en párr. 18. Los Principios y Directrices Básicos han sido citados con aprobación por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha observado que "ofrecen indicaciones útiles en cuanto a las obligaciones que se derivan para los Estados de la obligación general de facilitar el acceso a recursos efectivos". Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017), párr. 40.

De conformidad con el enfoque del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que el recurso incluye la restitución, la indemnización, la rehabilitación y "medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos y garantías de no repetición"[578], una posición suscrita en gran medida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[579]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha observado que, cuando la discriminación sea de carácter sistémico la mera concesión de una indemnización a una víctima tal vez no tenga efectos reales en lo que respecta al cambio de enfoque, y que los Estados también deberían prever "reparaciones no pecuniarias orientadas al futuro" en su legislación[580].

A. Recursos en las distintas ramas del derecho

Históricamente, los ordenamientos jurídicos de muchas jurisdicciones incluían prohibiciones relativas a la discriminación en la constitución y en el derecho penal. Con el paso del tiempo, a medida que se ha ido comprendiendo mejor el alcance de la legislación contra la discriminación, se reconoce cada vez más que, si los Estados han de garantizar un recurso efectivo —especialmente si han de cumplir la obligación de asegurar la indemnización y la restitución a los demandantes—, las prohibiciones de la discriminación deben establecerse en las ramas civil o administrativa del derecho. Hay claras excepciones con respecto a la violencia discriminatoria y otros actos delictivos motivados por prejuicios, que deben ser objeto de una sanción penal específica; estos ámbitos del derecho se examinan en la cuarta parte. Los Estados que han establecido prohibiciones de discriminación avanzadas y bien articuladas en el sistema nacional ofrecen recursos pertinentes y apropiados en el marco del derecho administrativo, civil (incluidos determinados ámbitos, como el derecho laboral y de los medios de comunicación) y penal.

Se ha alegado que la utilización de recursos de derecho civil parte de la premisa de que la discriminación es una vulneración de los derechos personales y, por tanto, los recursos civiles se suelen considerar el marco adecuado para la asistencia y la reparación[581]. En cambio, algunos países han optado por sancionar la discriminación como un delito, en un aparente esfuerzo por reflejar el impacto de la discriminación que no solo menoscaba la dignidad de la víctima, sino que también erosiona el tejido social[582]. No obstante, un estudio comparativo sobre la eficacia de los distintos enfoques del recurso y la sanción en Europa reveló importantes limitaciones del derecho penal en la práctica[583].

En términos más generales, si bien el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sostenido que las sanciones penales pueden ser importantes para ofrecer un recurso efectivo en el caso de determinadas formas de discriminación racial[584], cada vez se reconoce más que el derecho civil y administrativo prevé los recursos y las sanciones más efectivos para la discriminación directa e indirecta y la denegación de ajustes

---

578 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 32.

579 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

580 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 22.

581 Como han observado Romaniţa Iordache e Iustina Ionescu: "Los recursos civiles se centran en la víctima e incluyen recursos de naturaleza personal que benefician a la víctima de la discriminación al poner fin a la discriminación, restablecer el *statu quo ante* y garantizar una indemnización y una compensación por los daños sufridos, así como por la futura pérdida de ingresos. En casos de discriminación en el empleo también podrían incluir la reincorporación de la víctima al puesto que ocupaba antes de la discriminación". Véase Romaniţa Iordache e Iustina Ionescu, "Discrimination and its sanctions - symbolic vs. effective remedies in European anti-discrimination law", *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 19 (2014), pág. 13.

582 Iordache e Ionescu, "Discrimination and its sanctions", pág. 15. Véanse en este texto algunos ejemplos en el marco de la Unión Europea.

583 *Ibid*., pág. 17. "El estudio comparativo... [detectó] limitaciones en los mecanismos punitivos establecidos: legitimación limitada para iniciar una causa penal o administrativa y facultades limitadas de las autoridades encargadas de hacer frente a la discriminación. La investigación también muestra que los recursos administrativos previstos son a menudo inadecuados o solo están disponibles para determinadas formas de discriminación".

584 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Lacko c. República Eslovaca* (CERD/C/59/D/11/1998).

razonables[585]. De hecho, el derecho penal es un medio inapropiado e inadecuado para ofrecer un recurso en el caso de estas formas de discriminación, por diversas razones:

- **No requiere intención o motivo malicioso.** En primer lugar, para llegar a una conclusión de que existe discriminación no se requiere un motivo malicioso o la intención de discriminar[586]. Como se expone en la sección I.A.2 a) de esta parte, la discriminación puede ser tanto intencionada como no intencionada, o puede producirse por el mantenimiento de normas, políticas o procedimientos que —a pesar de perseguir un objetivo legítimo— tengan un impacto desproporcionado sobre quienes comparten una característica determinada (véase la sección I.A.2 b)). Un enjuiciamiento penal por discriminación en casos en que la discriminación no es intencionada o es indirecta será desproporcionado e injustificado.
- **Nivel de prueba exigido.** En muchos ordenamientos jurídicos, el nivel de prueba exigido en el ámbito penal requiere demostrar los hechos más allá de toda duda razonable[587]. Este nivel de prueba es mucho más elevado que el nivel de equilibrio de probabilidades utilizado habitualmente en los procedimientos civiles. Como se expone en la sección III.B de esta parte, el nivel de prueba exigido por el derecho penal no es apropiado en los casos de discriminación, ya que al demandante le resultará difícil acceder a las pruebas necesarias para cumplir la norma de "más allá de toda duda razonable".
- **Normas que rigen la práctica de la prueba y traslado de la carga de la prueba.** Como se analiza detalladamente en la sección III.B.1 de esta parte, a fin de garantizar la efectividad del derecho a la no discriminación, las leyes contra la discriminación deben prever el "desplazamiento" o el "traslado" de la carga de la prueba en los casos de discriminación. Esto refleja el hecho de que, en muchos casos, los demandantes no podrán tener acceso a las pruebas necesarias para establecer si se ha producido discriminación. En el derecho penal la presunción de inocencia es un principio bien establecido e importante que es incompatible con un desplazamiento de la carga de la prueba[588].
- **Incompatibilidad con una lista abierta de motivos.** Como se observa en la sección I.A.1 a) de esta parte, una ley general contra la discriminación en los ámbitos del derecho civil y administrativo debería prohibir la discriminación basada en cualquier "otra condición". Sin embargo, en el derecho penal —en el que las consecuencias para el autor son más graves— el requisito de previsibilidad hace que el uso de una lista tan abierta resulte inadecuado.
- **Dificultades para ofrecer todos los aspectos de un recurso efectivo a las víctimas en el derecho penal.** En términos generales, la finalidad del derecho penal es castigar al autor de un delito y reconocer el daño social causado por sus acciones, más que indemnizar a la víctima por el daño causado por un delito concreto. En el contexto de las demandas por discriminación, si bien el derecho penal ofrece la posibilidad de imponer una sanción disuasoria, no suele proporcionar un recurso efectivo a las víctimas. Como observó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el caso *B. J. c. Dinamarca*, por ejemplo, un acto de discriminación "puede dar derecho a reclamar una indemnización económica y no siempre recibe una satisfacción o reparación justas con la simple imposición de una sanción penal al autor"[589].

Así pues, las mejores prácticas internacionales establecen que, a fin de garantizar un recurso y una reparación efectivos para las manifestaciones de discriminación directa e indirecta en la mayoría de los ámbitos de la vida en el marco de una legislación general contra la discriminación, las sanciones deben incluirse en el derecho civil y administrativo. Las iniciativas positivas de reforma por los Estados se traducirán en un enriquecimiento de todos los ámbitos pertinentes del derecho.

---

[585] El enfoque respecto del acoso es más complicado: en algunas jurisdicciones, el acoso está prohibido en el derecho civil y en el penal. En el Reino Unido, por ejemplo, tanto la Ley de Igualdad, de 2010, como la Ley de Protección contra el Acoso, de 1997, prohíben el acoso. El artículo 26, párrafo 1, de la Ley de Igualdad establece: "Una persona (A) acosa a otra (B) si: a) A mantiene una conducta no deseada relacionada con una característica protegida pertinente, y b) la conducta tiene el propósito o el efecto de: i) atentar contra la dignidad de B, o ii) crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo para B". Aunque la Ley de Protección contra el Acoso no define el acoso, se ha interpretado que incluye las mismas formas de perjuicio.

[586] Véase también Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 a); y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 7.

[587] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), párr. 30.

[588] Véase, entre otros, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, párr. 2; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), párr. 30.

[589] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *B. J. c. Dinamarca* (CERD/C/56/D/17/1999), párr. 6.3.

B. Sanción: llevar a los autores ante la justicia

Para garantizar un recurso efectivo contra la discriminación es necesario, sin ninguna duda, llevar ante la justicia a los responsables y castigar el acto de discriminación, como medio de disuasión tanto específico como general. De hecho, todos los órganos de tratados de derechos humanos se han referido explícitamente a la necesidad de asegurar la sanción de los responsables de discriminación[590]. Como se ha señalado anteriormente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha subrayado que las sanciones deben ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias"[591].

En los sistemas en los que la discriminación es un asunto de derecho civil o administrativo, las sanciones adoptarán la forma de multas monetarias o penas similares. De hecho, en algunas jurisdicciones, la concesión de indemnizaciones a los demandantes —en sí misma un elemento necesario de la reparación centrada en la víctima— se considera una forma de sanción. La cuestión de determinar cuál es el nivel suficiente de una multa para que cumpla los criterios de ser "efectiva, proporcionada y disuasoria" es contextual. En algunas jurisdicciones el nivel de las indemnizaciones por daños y perjuicios ha aumentado con el tiempo[592], a medida que se ha ido tomando conciencia de la discriminación. En otras jurisdicciones, las leyes contra la discriminación especifican la cuantía de las multas que se impondrán en caso de que se determine que se ha producido discriminación, En algunos casos, esto ha suscitado la preocupación de que los límites máximos de las posibles multas no sean lo suficientemente elevados como para resultar "disuasorios"[593]. Además, en algunos países, existe el fenómeno documentado de grandes empresas u otros proveedores de servicios que "pagan una licencia por discriminación", es decir, que están dispuestos a no afrontar los problemas de discriminación en la práctica y simplemente pagan multas en determinados casos, si estas no son lo suficientemente elevadas. Los órganos de tratados han expresado su preocupación por el bajo nivel de las multas que se imponen por discriminación en las leyes nacionales de los Estados y han formulado las recomendaciones pertinentes[594]. Estas declaraciones indican que, a fin de que los Estados cumplan su obligación de ofrecer un recurso efectivo, es esencial que la legislación contra la discriminación prevea un enfoque proporcionado para determinar el nivel de las multas.

SANCIONES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO *MARSHALL*[595]

Helen Marshall trabajaba para la Southampton and South West Hampshire Area Health Authority. En 1980 la despidieron por la única razón de que ya había cumplido 60 años, edad en la que tenía derecho a percibir una pensión del Estado. La edad de acceso a la pensión para los hombres era de 65 años.

La Sra. Marshall alegó ante el tribunal nacional que el despido contravenía la 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 relativo al acceso al empleo, la formación profesional y la promoción, así como a las condiciones de trabajo. Solicitó una indemnización adecuada sobre la base de su pérdida de ingresos. Los tribunales nacionales fallaron a favor de la Sra. Marshall. Sin embargo, en virtud de la Ley contra la Discriminación Sexual, la indemnización máxima por daños y perjuicios que puede concederse en un caso de discriminación es de 6.250 libras. La Sra. Marshall interpuso una apelación.

---

590 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párrs. 16 y 18; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párrs. 17 y 33; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 31 f).

591 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 31 f).

592 Por ejemplo, en los Estados Unidos, a mediados del decenio de 1970, "los acuerdos en casos de discriminación que conllevaban el pago de varios dólares... se consideraban generalmente victorias sustanciales. Sin embargo, en 1990, el Fair Housing Council of Greater Washington (FHCGW) había conseguido más de una docena de acuerdos o arreglos de más de 20.000 dólares cada uno, y las recuperaciones en varios casos habían superado los 100.000 dólares" (se han omitido las notas a pie de página). Véase Fitsum Alemu, "Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary", European Roma Rights Centre, 3 de octubre de 2000. Disponible en www.errc.org/roma-rights-journal/testing-to-prove-racial-discrimination-methodology-and-application-in-hungary.

593 Isabelle Chopin, Carmine Conte y Edith Chambrier (por la Red Europea de Expertos Jurídicos en Igualdad de Género y No Discriminación), *A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe 2018* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019), págs. 114 a 119.

594 Véanse, por ejemplo, CRPD/C/RUS/CO/1, párr. 13; y CCPR/C/GEO/CO/4, párr. 6.

595 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, asunto C-271/91, sentencia de 2 de agosto de 1993.

El artículo 6 de la Directiva exige que los Estados miembros ofrezcan una vía de recurso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que "el artículo 6 [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de despido discriminatorio esté limitada por un tope máximo fijado *a priori*, así como por la falta de intereses destinados a compensar la pérdida sufrida por el beneficiario de la reparación" debido al transcurso del tiempo hasta el pago efectivo de la cantidad concedida[596].

Algunas jurisdicciones abordan la discriminación como una cuestión de derecho administrativo, en cuyo marco se trata efectivamente como una falta. Además de las multas, las sanciones administrativas pueden incluir advertencias, medidas disciplinarias o medidas similares. Además de los tribunales, las sanciones administrativas pueden ser impuestas por órganos administrativos, por ejemplo, organismos especializados en igualdad y entidades con competencias en materia laboral, educativa, de protección de los consumidores, de medios de comunicación u otros ámbitos específicos[597]. Cuando los legisladores nacionales han facultado a los organismos de igualdad para sancionar a los autores —cuestión que se trata más adelante en la sección IV.C.3 de esta parte—, las sanciones se suelen imponer en el marco del derecho administrativo.

Como se ha observado, algunas jurisdicciones tipifican como delito la discriminación, con el efecto de que las sanciones incluyen —además de multas y sanciones— la privación de la libertad. Sin embargo, por las razones antes expuestas, la imposición de sanciones penales en casos de discriminación que no conlleven violencia o delitos de odio es desproporcionada y probablemente ineficaz por diversas razones prácticas.

C. Reparación: reconocimiento, indemnización y restitución

Como se ha expuesto anteriormente, está bien establecido que las víctimas de discriminación tienen derecho a una reparación. De hecho, como ha observado el Comité de Derechos Humanos, si no se otorga una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados, "la obligación de proporcionar un recurso efectivo... no se cumple"[598]. Cabe entender que la reparación incluye al menos tres elementos: reconocimiento, compensación y restitución.

Como punto de partida, la reparación comienza con el acto público de reconocimiento del menoscabo de los derechos humanos. También puede ser necesario reconocer y dar visibilidad a determinadas categorías de personas, así como a sus experiencias individuales o colectivas de sufrimiento[599]. El reconocimiento reviste especial importancia para las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Dinah Shelton observa que: "Este reconocimiento cumple la importante función de indicar que la sociedad comprende y reconoce el dolor y la humillación experimentados por las víctimas, así como su sentimiento de injusticia"[600]. Además de constituir una admisión clara y pública de los actos ilícitos nocivos perpetrados por los autores y de la discriminación sufrida por determinadas personas o grupos, el reconocimiento puede restaurar la dignidad de las víctimas y facilitar su rehabilitación. A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promovido la incorporación de las peticiones de reconocimiento formuladas por las víctimas en la determinación del alcance de las medidas de reparación[601]. Por ejemplo, en varios casos, la Corte ha ordenado a los Estados que reconozcan públicamente su culpabilidad; pidan disculpas a las víctimas y a sus familiares; publiquen extractos

---

596 *Ibid*., párr. 32.

597 Iordache e Ionescu, "Discrimination and its sanctions".

598 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 16.

599 Peter J. Dixon, "Reparations and the politics of recognition", en *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Christian De Vos, Sara Kendall y Carsten Stahn, eds. (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015).

600 Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 3ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2005), pág. 14 (se han omitido las notas a pie de página).

601 Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de 4 de septiembre de 2012. El caso de las Masacres de Río Negro constituye un ejemplo interesante de reconocimiento, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó que se admitieran públicamente las masacres cometidas contra las comunidades Maya Achí por parte de Guatemala (párrs. 276 a 278) y la creación de un museo en honor a las víctimas del conflicto armado interno (párrs. 279 y 280), entre otras medidas de reparación.

de sus sentencias en el *Boletín Oficial* del Gobierno o en otros medios de difusión nacional (por ejemplo, radio o periódicos); y construyan memoriales u organicen conmemoraciones en honor de las víctima[602].

La reparación incluye también la indemnización económica por daños materiales y morales. El Comité de Derechos Humanos ha indicado que la reparación por violación de los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "entraña... una indemnización adecuada"[603]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha adoptado una posición similar[604]. Al igual que con las multas, es necesario garantizar la disponibilidad de una gama suficientemente amplia de niveles de posibles indemnizaciones o compensaciones por daños y perjuicios, de manera que se cumplan los criterios de que son "efectivas, proporcionadas y disuasorias". El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sostenido que las víctimas de discriminación tienen derecho a una compensación económica más allá de los daños económicos básicos, y ha observado que "los tribunales y otras autoridades competentes deberían considerar, siempre que sea conveniente, conceder compensación económica por los daños, materiales o morales, sufridos por la víctima"[605]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que los Estados deben asegurar la disponibilidad de indemnización, que puede proporcionarse en forma de "dinero, bienes o servicios"[606].

LA INDEMNIZACIÓN EN TAILANDIA: LA FUNCIÓN DEL COMITÉ DE EXAMEN SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

En Tailandia, el Comité de Examen sobre la Discriminación de Género (Comité WorLorPor) está facultado para establecer medidas temporales de protección o mitigación, emitir órdenes y presentar quejas al Defensor del Pueblo, entre otras competencias. Los recursos incluyen una indemnización, pagada en efectivo o en especie, por la pérdida de ingresos durante el periodo de incapacidad laboral o por la pérdida de oportunidades comerciales; una indemnización por gastos de asistencia médica, incluida la rehabilitación física y mental; y una indemnización y reparación en otras formas o características[607].

Además de prever una indemnización suficiente por las pérdidas económicas y otros daños, el recurso efectivo en caso de discriminación exige la restitución, es decir, medidas concebidas para "devolver a la víctima a la situación anterior"[608]. Esas medidas incluirían, por ejemplo, la reincorporación a un puesto de trabajo u otro cargo, o el suministro de un bien o servicio denegado debido a la discriminación. El Comité de Derechos Humanos[609] y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[610] han observado que la reparación conlleva obligaciones de restitución y rehabilitación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha reconocido una obligación similar, observando, en el caso *L. R. y otros c. la República Eslovaca*, por ejemplo, que el recurso efectivo previsto en el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial exige que el Estado adopte "medidas para asegurarse de que la situación de los peticionarios vuelva a ser la misma que tenían" antes de que las autoridades locales tomaran una decisión discriminatoria[611]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha indicado que la Convención pertinente crea obligaciones relativas a "la restitución, la rehabilitación y el recurso de reposición"[612].

---

602 Thomas M. Antkowiak, "An emerging mandate for international courts: victim centered remedies and restorative justice", *Stanford Journal of International Law*, vol. 47, núm. 2 (2011). Como observó Thomas Antkowiak, un Estado pidió públicamente disculpas por primera vez en 2004 durante las audiencias de los casos *Plan de Sánchez Massacre vs. Guatemala* y *Molina-Theissen vs. Guatemala*.

603 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 16.

604 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

605 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 26 (2000), párr. 2.

606 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 19 b). Véase también, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 32.

607 Ley de Igualdad de Género, B.E. 2558 (2015), art. 26.

608 Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, párr. 19.

609 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 16.

610 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

611 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y otros c. la República Eslovaca* (CERD/C/66/D/31/2003), párr. 12.

612 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 32.

Estos elementos de reparación deben guiarse por un enfoque global centrado en la víctima. En general, Thomas Antkowiak observa que un enfoque centrado en la víctima es fundamental para garantizar que las medidas de reparación se ajusten a las necesidades, preocupaciones y derechos específicos de las víctimas de violaciones de derechos humanos[613]. Las medidas de reparación centradas en la víctima tienen mayor potencial para permitir la recuperación y la regeneración a nivel individual y comunitario, de conformidad con el modelo de justicia restaurativa[614]. Además, es esencial que las reparaciones tengan en cuenta la igualdad, reflejen la situación específica de las personas expuestas a la discriminación e impliquen a las víctimas en la determinación del recurso adecuado.

D. Recursos institucionales y sociales

Además de imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a los autores y de ofrecer una reparación suficiente y apropiada a la víctima de discriminación, un remedio efectivo puede requerir la adopción medidas que aborden las repercusiones sociales e institucionales más amplias de la discriminación. Estos recursos —que algunos autores califican de "progresistas" o transformadores— muestran la determinación de hacer frente a las consecuencias generalizadas de la discriminación[615].

El Comité de Derechos Humanos ha observado que la reparación prevista en el artículo 2, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye "medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes", y ha señalado además que "los objetivos del Pacto no se alcanzarían sin una obligación... de adoptar medidas para evitar que vuelva a producirse una violación"[616]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que un recurso efectivo en caso de discriminación incluye "garantías de que no se repetirá el hecho y excusas públicas"[617]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha explicado que "cuando la discriminación sea de carácter sistémico, la mera concesión de una indemnización a una persona tal vez no tenga efectos reales en lo que respecta al cambio de enfoque... los Estados partes también deberían prever 'reparaciones no pecuniarias orientadas al futuro'"[618]. En su jurisprudencia en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado reiteradamente que, además de las medidas concebidas para atender las necesidades de los denunciantes, los Estados adopten medidas sistémicas, por ejemplo, revisar y reforzar las leyes e impartir capacitación a los profesionales pertinentes[619]. En la práctica, los recursos en este ámbito pueden considerarse de forma conveniente como institucionales (centrados en corregir, disuadir y prevenir la discriminación en las instituciones declaradas responsables de la discriminación) o sociales (centrados en afrontar las causas y consecuencias sociales de la discriminación).

1. Recursos institucionales

Los recursos institucionales se centran en corregir y reformar las condiciones estructurales, de organización y de políticas que dieron lugar a la discriminación. Estas medidas incluyen desde órdenes judiciales, para derogar o modificar políticas discriminatorias o adoptar políticas de igualdad, hasta la obligación de impartir capacitación y cursos de sensibilización al personal. Los tribunales irlandeses han dictado órdenes que imponen obligaciones como: revisar las políticas de contratación, realizar auditorías de diversidad, adoptar políticas de diversidad o códigos de no discriminación, o la obligación de organizar capacitación en materia de igualdad[620]. En Sudáfrica, la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta dispone que los

---

613 Véase, por ejemplo, Thomas M. Antkowiak, "An emerging mandate for international courts".

614 Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, cap. I, especialmente págs. 22 a 27.

615 Iordache e Ionescu, "Discrimination and its sanctions", págs. 18 y 19.

616 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 16 y 17.

617 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

618 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 22.

619 Véanse, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *O. G. c. la Federación de Rusia* (CEDAW/C/68/D/91/2015), párr. 9 b); *E. S. y S. C. c. la República Unida de Tanzanía* (CEDAW/C/60/D/48/2013), párr. 9 b); y *L. C. c. el Perú* (CEDAW/C/50/D/22/2009), párr. 9.2.

620 Iordache e Ionescu, "Discrimination and its sanctions", pág. 19 (se ha omitido la nota a pie de página).

tribunales de igualdad establecidos en virtud de la Ley pueden dictar órdenes, por ejemplo, una orden que limite las prácticas discriminatorias injustas o que imponga la adopción de medidas específicas para poner fin a la discriminación; una orden que exija al demandado que se someta a una auditoría de políticas o prácticas específicas; o una orden apropiada para suspender o revocar la licencia de una persona[621]. En otro lugar, un estudio comparativo sobre los enfoques de los recursos y las sanciones en Europa citó ejemplos de Estados que otorgan determinadas facultades relativas a, por ejemplo, la retirada o la suspensión temporal de autorizaciones o licencias[622], la retirada de fondos estatales o la exclusión de licitaciones para las adquisiciones públicas[623] y las órdenes de decomiso[624]. Como indican estos ejemplos, los recursos institucionales incluyen elementos correctores, disuasorios y preventivos.

REQUERIMIENTOS ESTRUCTURALES EN EL CANADÁ Y COLOMBIA

En *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, los demandantes solicitaron un recurso institucional: una orden para que se proporcionasen instalaciones y programas de lengua francesa en la enseñanza secundaria. El establecimiento y funcionamiento de la enseñanza en lengua francesa era un requisito del artículo 23 de la Carta de Derechos y Libertades del Canadá, pero el Gobierno de Nueva Escocia no lo había cumplido, al no dar prioridad a esta obligación. El Tribunal Supremo confirmó la orden de un juez de primera instancia de que la provincia había infringido la ley y debía hacer todo lo posible para ofrecer el programa educativo pertinente en las fechas especificadas. Se ordenó no solo que se proporcionara a la minoría francófona de Nueva Escocia instalaciones educativas homogéneas en regiones específicas para grados específicos en momentos específicos, sino también que los funcionarios del Gobierno hicieran todo lo posible para cumplir esta orden y que el tribunal mantuviera la jurisdicción para escuchar los informes del Gobierno sobre el cumplimiento de la orden[625].

En 2004, la Corte Constitucional de Colombia dictó una sentencia histórica que protegía los derechos de las personas sometidas a desplazamiento forzado[626]. Tras haber dictado previamente 17 sentencias que se referían a cuestiones individuales y generales relativas a la precaria situación de las personas sometidas a desplazamiento forzado, la Corte, en su sentencia de 2004, declaró que se trataba de una situación inconstitucional y ordenó al Estado que adoptara una política pública para resolver la situación, reconociendo la violación de varios derechos humanos, incluido el derecho a la no discriminación. Además, el Tribunal estableció que mantendría su jurisdicción para escuchar los informes del Gobierno sobre el cumplimiento de la orden, mediante audiencias públicas anuales.

2. Recursos sociales

Los recursos sociales son los que están destinados a: abordar las causas profundas de la discriminación mediante la aplicación de medidas concebidas para hacer frente a los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización; hacer frente a los prejuicios públicos o prevenir las futuras discriminaciones exponiendo la política discriminatoria de las acciones de un autor; o fomentar la comprensión y la solidaridad con las minorías y otras víctimas y grupos de víctimas potenciales. Estos recursos incluyen, por ejemplo, una orden de disculpa pública u otra forma de memorialización pública o establecimiento en el registro público. Los mencionados Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones proporcionan una lista no exhaustiva de dichas medidas, que incluyen: "la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad"; "una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y

---

621 Sudáfrica, Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta, art. 21, párr. 2.

622 Incluye a Alemania, Chequia, Hungría, Irlanda, Macedonia del Norte, Portugal y Rumania. Véase Iordache e Ionescu, "Discrimination and its sanctions", pág. 19.

623 *Ibid*. Por ejemplo, Italia.

624 *Ibid*. Por ejemplo, Chequia y Portugal.

625 Tribunal Supremo del Canadá, *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* [2003] SCC 62.

626 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025, 2004. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm.

de las personas estrechamente vinculadas a ella"; "una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades"; y "conmemoraciones y homenajes a las víctimas"[627].

RECURSOS SOCIALES EN HUNGRÍA

En 2003, la Junta Nacional de Radio y Televisión de Hungría dictaminó que la cadena de televisión TV2 había violado gravemente la dignidad en igualdad de condiciones de los romaníes en Hungría cuando, el 30 de marzo de 2003, emitió *My Big Fat Gypsy Wedding* (Mi gran boda gitana), una sátira basada en la película de 2002 *My Big Fat Greek Wedding* (Mi gran boda griega). El programa de TV2 mostraba a romaníes que no iban a la escuela, robaban coches, se peleaban y se enorgullecían de su ignorancia. El entonces Ministro de Educación, Bálint Magyar, opinó que el programa jugaba con los sentimientos latentes en Hungría contra los romaníes. Como consecuencia de la decisión, TV2 se vio obligada a suspender su emisión durante media hora en un horario de máxima audiencia de la noche y mostrar en su lugar un resumen de la decisión. La dirección de TV2 declinó recurrir la decisión y, además de aplicar la sanción formal, TV2 transmitió antes y después de la suspensión de 30 minutos de la emisión un debate sobre la situación de los romaníes en Hungría[628].

Una segunda vertiente de los recursos sociales son aquellos que tienen carácter institucional y social, concretamente los que exigen a las autoridades públicas que modifiquen o deroguen leyes, políticas y prácticas discriminatorias y pongan en marcha programas de acción positiva. En Sudáfrica, por ejemplo, los tribunales de igualdad están facultados para dictar una orden destinada a la aplicación de medidas especiales con objeto de hacer frente a la discriminación, la incitación al odio o el acoso[629].

Como ilustra esta última clase de recurso, existen vínculos claros entre los recursos sociales y las obligaciones que incumben a los Estados de adoptar medidas de acción positiva. Sin embargo, como se expone en la sección I.B de esta parte, es importante establecer una distinción entre ambos: por un lado, los tribunales pueden ordenar una acción positiva como recurso en un caso concreto; y, por otro, los Estados tienen la obligación inmediata de aplicar medidas de acción positiva cuando existan desigualdades sustantivas, para lo que no se requiere una conclusión de discriminación. De forma similar, los recursos institucionales y sociales se solapan inevitablemente, con las medidas que los Estados pueden aplicar en el marco de sus obligaciones proactivas para hacer frente a la estigmatización, los prejuicios y las causas profundas de la discriminación y con las medidas que imponen las obligaciones en materia de igualdad. Una vez más, sin embargo, es importante distinguir estos conceptos y abordarlos por separado en una ley, habida cuenta de la naturaleza proactiva de estas obligaciones y de la naturaleza reactiva del recurso. Esencialmente, si bien los tribunales deben estar facultados para ordenar la adopción de medidas proactivas y orientadas al futuro según consideren apropiado, los Estados no cumplen sus obligaciones positivas facultando a los tribunales para que prevean tales recursos.

Por último, los recursos previstos en el derecho interno en caso de violación de una ley contra la discriminación no deben ser prescriptivos ni exhaustivos. Ante la diversidad de tipos, causas y manifestaciones de la discriminación, los Estados deben evitar la elaboración de una lista exhaustiva de posibles recursos o la prescripción de recursos concretos para determinados casos, y en cambio deben garantizar que los magistrados tengan suficiente libertad para ofrecer recursos efectivos tanto a nivel institucional como social. Por lo tanto, cualquier lista o especificación de recursos debe ser abierta e incluir la posibilidad de "otros recursos pertinentes".

---

627 Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, párr. 22 b) a e) y g).

628 European Roma Rights Centre, "Hungarian Television station sanctioned for broadcasting a defamatory program", 29 de octubre de 2003. Disponible en www.errc.org/roma-rights-journal/hungarian-television-station-sanctioned-for-broadcasting-a-defamatory-program.

629 Sudáfrica, Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta, art. 21, párr. 2 h).

III. JUSTICIA Y CUMPLIMIENTO

RESUMEN

- **Para que el derecho a la no discriminación pueda ejercerse y ser efectivo, es preciso garantizar que las personas que están expuestas a la discriminación tengan acceso a la justicia.**
- **El acceso efectivo a la justicia consiste en justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, calidad y rendición de cuentas.**
- **Para satisfacer a estos requisitos, los Estados deben establecer y mantener organismos encargados de hacer cumplir la ley independientes e imparciales, dotados de recursos suficientes, que se ocupen de las denuncias de discriminación en todo su territorio, incluidas las zonas rurales**
- **Estos organismos deben ser de buena calidad, tener en cuenta la igualdad, rendir cuentas, ser receptivos a las necesidades de los usuarios y ser participativos.**
- **Es preciso detectar y eliminar los obstáculos que impiden la participación en igualdad de condiciones, incluso mediante la introducción de medidas de accesibilidad y ajustes de procedimiento.**
- **Debe proporcionarse asistencia y apoyo jurídicos cuando sea necesario para garantizar el ejercicio del derecho a la no discriminación a todas las personas y los grupos cuyos derechos hayan sido violados.**
- **Debe adoptarse un enfoque inclusivo de las normas que regulan la capacidad jurídica y la participación de terceros interesados.**
- **La legislación contra la discriminación debe garantizar que, en los procedimientos ante un tribunal u otra autoridad competente en los que un litigante presente datos que permitan presumir que ha existido discriminación (un caso *prima facie*), corresponda al demandado demostrar que no se ha producido una vulneración del derecho a la no discriminación.**
- **La legislación contra la discriminación debe garantizar que no se interpongan obstáculos a la admisibilidad de las pruebas que puedan demostrar la discriminación.**
- **Los Estados deben garantizar que las personas puedan presentar denuncias de discriminación ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas ratificando los correspondientes protocolos facultativos y haciendo las declaraciones necesarias en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes. Los Estados deben garantizar que la legislación contra la discriminación indique que las denuncias ante los órganos de tratados son un medio específico para asegurar la reparación.**

Es preciso hacer valer los derechos a la igualdad y la no discriminación para que sean efectivos. Para ello es necesario adoptar una amplia gama de medidas jurídicas y prácticas destinadas a garantizar la justicia, eliminar los obstáculos que se interponen a ella y permitir que las víctimas obtengan reparación. Aunque estas medidas pueden detallarse en leyes, políticas, instituciones o estructuras independientes, la eficacia de la legislación general contra la discriminación depende de su aplicación y, como tal, las normas necesarias deben codificarse en la ley, ya sea en esas leyes o en otras.

En esta parte de la presente guía se examinan los requisitos de cumplimiento y de acceso a la justicia cuando se alega que se han violado los derechos a la igualdad o a la no discriminación. Como parte de un sistema efectivo para hacer cumplir la ley, deben establecerse medidas prácticas que garanticen la accesibilidad, disponibilidad, justiciabilidad y calidad de la justicia para los supervivientes de la discriminación y aseguren su participación plena y activa en el proceso judicial, sin estigmatización ni victimización. Es necesario adaptar las normas que rigen la práctica de la prueba y las disposiciones jurídicas que regulan la carga de la prueba con el fin de eliminar los obstáculos a la justicia para las personas y los grupos que han experimentado discriminación. Este capítulo también contiene un análisis de cuestiones específicas relativas a la reivindicación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en procedimientos judiciales o de otro tipo, incluida la legitimación.

A. Acceso a la justicia y procedimiento judicial

Para que un recurso sea efectivo, los Estados deben garantizar y asegurar el acceso a la justicia de las víctimas de discriminación. Esta obligación está bien establecida en el derecho internacional[630] y se hace explícita en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dispone que los Estados partes "asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás". El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que el acceso a la justicia es "esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención"[631]. Otros órganos de tratados, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Comités de Derechos Humanos, han reconocido que la obligación de garantizar el acceso a la justicia es un requisito implícito de sus instrumentos de derechos fundacionales[632].

1. Requisitos del acceso a la justicia

En 2015, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer publicó su recomendación general núm. 33, en la que señaló seis componentes interrelacionados y esenciales necesarios para garantizar el acceso a la justicia[633]. Estos componentes son: justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, suministro de recursos a las víctimas y rendición de cuentas de los sistemas de justicia[634]. Si bien las diferencias en las condiciones jurídicas, sociales, culturales, políticas y económicas imperantes requerirán una aplicación diferenciada de estas características en el contexto nacional, los elementos básicos del enfoque son de relevancia universal y de aplicación inmediata a la legislación general contra la discriminación.

a) Disponibilidad y justiciabilidad

El cumplimiento efectivo del derecho a la no discriminación requiere el establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos que garanticen que todas las personas puedan hacer valer legalmente sus derechos[635]. Los juzgados, los tribunales, los defensores del pueblo y las instituciones nacionales de derechos humanos han asumido —en algunos Estados y en mayor o menor medida— la responsabilidad del cumplimiento[636]. Como se analiza con más detalle en la sección IV.C.3 de la segunda parte de la presente guía, en algunos países también se han otorgado facultades de cumplimiento a organismos de igualdad especializados como parte de su mandato institucional[637]. Independientemente de la forma que adopten estas instituciones, deben ser eficaces para garantizar el acceso a la justicia.

Los organismos encargados de velar por la efectividad de los derechos a la igualdad y a la no discriminación deben ser asequibles, contar con un mantenimiento adecuado y estar bien financiados[638]. Estos organismos deben establecerse en el conjunto del Estado, en zonas urbanas, rurales y remotas y estar disponibles para

---

630 Véanse, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 31 b) y 73 h); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 1; E/C.12/NPL/CO/3, párr. 11 f); CCPR/C/SVK/CO/4, párr. 11; y CERD/C/POL/CO/22-24, párr. 8 b).

631 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 1.

632 Véanse, respectivamente, y en contextos diversos, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 31 (2005), párrs. 6 a 9; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), párr. 11; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017), párrs. 40, 51 y 52. Lo más frecuente es que los Comités traten el acceso a la justicia en el contexto del recurso, que se analiza en el capítulo II de la segunda parte de la presente guía.

633 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 14.

634 *Ibid*. Para un análisis sobre el recurso, véase el capítulo II de la segunda parte de la presente guía.

635 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 14 a). Véanse también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 3 b); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 6; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2 c); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 h); Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 15; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40

636 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

637 Véase la sección IV.C.3 de la segunda parte de la presente guía. Para un análisis de la función que desempeñan estos organismos al garantizar el acceso a la justicia en el contexto europeo, véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Access to Justice in Cases of Discrimination in the EU: Steps to Further Equality* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012).

638 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 14 b).

todas las personas[639]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado que el ejercicio del derecho a la no discriminación "no debe depender del lugar en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él"[640]. Esto es aplicable, por ejemplo, a las personas que viven en un "asentamiento formal o informal", a los "desplazados internos" y a las personas que llevan un estilo de vida nómada[641]. La obligación también se hace extensiva a los no ciudadanos que residen en un Estado[642].

Tal vez sea necesario introducir cambios en el ordenamiento jurídico nacional para garantizar que los derechos a la igualdad y a la no discriminación sean exigibles en la práctica. Como establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y se analiza con más detalle a continuación, esto incluye la adaptación de las normas que regulan los indicios y las pruebas en los casos de discriminación[643]; y la flexibilización de los requisitos de legitimación, para permitir la participación de terceros interesados[644]. También requiere protección contra la victimización, medidas necesarias para proteger a las personas de cualquier trato adverso o consecuencia negativa como reacción a una denuncia o a los procedimientos destinados a hacer cumplir las disposiciones de no discriminación[645]. Este requisito fue confirmado más recientemente a nivel internacional por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su observación general núm. 6 (2018), que subraya que la legislación general contra la discriminación debe garantizar que las personas objeto de discriminación no sean victimizadas cuando traten de acceder a la reparación y los recursos[646]. Como se establece en la sección I.A.2 f) de la segunda parte de la presente guía, la protección frente a la victimización también debería incluirse en una ley general de igualdad como una forma de conducta prohibida.

A fin de garantizar la igualdad ante la ley y el acceso equitativo y efectivo a la justicia de las personas expuestas a discriminación los Estados deben derogar las leyes, procedimientos y prácticas que discriminan directa o indirectamente en este ámbito, incluidas las que "atribuyen un valor inferior" al testimonio de las mujeres o los grupos expuestos a discriminación[647] o niegan a las personas expuestas a discriminación la capacidad de testificar en igualdad de condiciones con las demás. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que los Estados deben dar "el mismo crédito a sus denuncias y declaraciones que el que darían a las de personas sin discapacidad"[648]. Los tribunales de algunos Estados están avanzando en la anulación de las disposiciones discriminatorias relativas a las normas que rigen la práctica de la prueba basadas en estereotipos; por ejemplo, en *R. v. D.A.I.*, el Tribunal Supremo del Canadá anuló las disposiciones de la Ley de Pruebas que excluían a las personas con discapacidad intelectual de la posibilidad de testificar si no podían explicar el significado de conceptos como promesa, verdad y falsedad, mientras que a ninguna otra categoría de testigos se le exigía cumplir esa norma[649].

Un problema que a veces se detecta en el funcionamiento de las leyes contra la discriminación es el exceso de procedimientos. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones es necesario completar los procesos relacionados con multas u otras formas de castigo antes de iniciar una solicitud de indemnización por daños y perjuicios u otras formas de compensación económica, y esta segunda solicitud puede incluso tener que presentarse ante un tribunal o autoridad totalmente diferente. Tales procedimientos pueden constituir un obstáculo para quienes buscan reparación y, por lo tanto, incumplen las obligaciones que incumben a los Estados de asegurar el acceso a la justicia. Con objeto de garantizar su eficacia, los procedimientos legales deben ser accesibles y estar disponibles para todas las personas de forma efectiva.

---

639 *Ibid.*, párr. 16 a).

640 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 34.

641 *Ibid.*

642 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 15 (1986), párrs. 1 y 2; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 30 (2005), párrs. 18 a 24; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 30. Véase además la sección I.A.1 a) de la segunda parte de la presente guía.

643 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 15 g).

644 *Ibid.*, párr. 15 h).

645 *Ibid.*, párr. 18 g).

646 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 i).

647 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 25 a) iv).

648 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 1 (2014), párr. 39.

649 Tribunal Supremo del Canadá, *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5.

b) Calidad y rendición de cuentas

Los sistemas de justicia deben rendir cuentas y ser de buena calidad[650]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha establecido que "todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia [y] eficacia". Se requiere que estos sistemas "tengan en cuenta las cuestiones de género", "se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación", respondan a las necesidades de los usuarios y se apliquen y supervisen adecuadamente para garantizar el logro de los objetivos de la justicia[651]. Los Estados deben establecer salvaguardias con objeto de evitar la revictimización de los demandantes en casos de discriminación[652].

A fin de garantizar el acceso a la justicia, es necesario asegurar la adhesión a los principios de independencia e imparcialidad de todos los actores implicados en la investigación y resolución de casos relativos a la discriminación. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha subrayado que los mecanismos establecidos para investigar violaciones de derechos humanos deben ser "órganos independientes e imparciales"[653]. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que las instituciones facultadas para juzgar o investigar denuncias de discriminación deben hacerlo "con prontitud, imparcialidad e independencia"[654]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha hecho observaciones similares[655].

Más allá de la independencia y la imparcialidad, los Estados deben garantizar que los jueces (y otras personas implicadas en la resolución de casos de discriminación) tengan los conocimientos y la comprensión suficientes para garantizar una alta calidad en la administración de justicia. Los Estados tienen la obligación positiva de capacitar a los jueces y a otras personas que trabajan en la administración de justicia[656]. Esto incluiría, por ejemplo, capacitación sobre la eliminación por la judicatura de los estereotipos de género[657] y otras formas de prejuicios y estigmatización. Estas obligaciones se examinan con más detalle en la sexta parte de la presente guía.

c) Accesibilidad, adaptaciones procesales y asistencia jurídica

Los sistemas judiciales deben ser accesibles para las personas expuestas a discriminación. En su recomendación general núm. 33 (2015), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señala varias medidas que son necesarias a fin de garantizar la accesibilidad, entre ellas: a) la prestación de asistencia jurídica y la eliminación de los obstáculos económicos para los usuarios (que se examinan con respecto a la asistencia jurídica más adelante); b) la eliminación de los obstáculos lingüísticos mediante la prestación de servicios de traductores e intérpretes y la disponibilidad de asistencia para las personas que no saben leer ni escribir; c) la divulgación, la educación y la producción de recursos jurídicos sobre los mecanismos de justicia, que deberían estar disponibles en diversos formatos e idiomas comunitarios; d) el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, garantizando al mismo tiempo su disponibilidad generalizada; e) la supresión de los obstáculos físicos y medioambientales a la participación; y f) el establecimiento de "centros de acceso a la justicia" para proporcionar asistencia y apoyo jurídicos y facilitar el acceso a la justicia mediante la prestación de servicios básicos como el cuidado de los niños[658].

---

650 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párrs. 14 d) y f), 18 y 20.

651 *Ibid*., párr. 14 d) y f).

652 *Ibid*., párr. 51 c). Con respecto a los recursos pertinentes para las necesidades de las personas expuestas a la discriminación, especialmente en el contexto de los delitos de odio, véanse Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos, "Understanding the needs of hate crime victims" (Varsovia, 2020); y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Ensuring Justice for Hate Crime Victims: Professional Perspectives* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016).

653 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párr. 15.

654 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

655 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párrs. 14 d), 15 d), 18 a), 20 a) y 54.

656 Véanse, por ejemplo, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 13, párr. 2; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 64 a).

657 Véanse, por ejemplo, Simone Cusack, "Eliminating judicial stereotyping: equal access to justice for women in gender-based violence cases" (2014) (www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/StudyGenderStereotyping.doc); ACNUDH, "Background paper on the role of the judiciary in addressing the harmful gender stereotypes related to sexual and reproductive health and rights" (2018) (www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes_EN.pdf); ay ACNUDH, "Gender stereotyping and the judiciary" (2020) (www.ohchr.org/Documents/Publications/GenderStereotyping_EN.pdf).

658 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 17.

Varias de estas medidas responden directamente a la obligación de los Estados de respetar el derecho a la no discriminación en el acceso a la justicia. Por ejemplo, los servicios de traducción e interpretación pueden ser necesarios para garantizar la participación de las minorías lingüísticas en los procedimientos judiciales. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha referido a las medidas de este tipo como "ajustes de procedimiento"[659].

En 2020, la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad publicaron conjuntamente los "Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad", que amplían la información sobre las obligaciones de los Estados en este ámbito[660]. El Principio 3 de los Principios y Directrices desarrolla la obligación de realizar adaptaciones procesales. Estos ajustes deben ser "individualizados", "adecuados al género y la edad" y comprender "todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular"[661]. La obligación de realizar ajustes de procedimiento es inmediata y —a diferencia de los ajustes razonables— la denegación de esas adaptaciones no puede justificarse haciendo referencia al "concepto de desproporcionalidad" o de carga indebida[662]. El Principio 2 de los Principios y Directrices reitera la importancia de garantizar que las instituciones de justicia sean accesibles[663]: "Para garantizar la igualdad de acceso a la justicia y la no discriminación, los Estados deben asegurar que las instalaciones y servicios utilizados en los sistemas jurídicos se construyan, desarrollen y provean de acuerdo con los principios del diseño universal"[664]. Esto requiere la adopción de leyes, políticas y prácticas pertinentes, así como la aportación de recursos financieros suficientes[665].

Prestación y disponibilidad de la asistencia jurídica

En muchas jurisdicciones, las acciones judiciales conllevan costes considerables, lo que puede disuadir a las víctimas de violaciones de derechos de proceder a la presentación de demandas. A los Estados les incumben obligaciones positivas de garantizar la igualdad en el acceso a la justicia, entre las que se incluye la obligación de proporcionar asistencia jurídica. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que: "Si bien en el artículo 14 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se aborda explícitamente la garantía de la asistencia letrada en el proceso penal, se alienta a los Estados a proporcionar asistencia letrada gratuita también en otros casos, cuando las personas carezcan de medios suficientes para pagarla [y] en algunos casos, pueden estar incluso obligados a hacerlo"[666]. El Comité ha subrayado además que "la imposición de costas a las partes en un proceso judicial que de hecho impida el acceso de una persona a la justicia puede plantear cuestiones en virtud... del artículo 14"[667]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que debe proporcionarse asistencia jurídica "según sea necesario" para garantizar "recursos asequibles, accesibles y oportunos"[668]. En términos más generales, en sus observaciones finales, los órganos de tratados de derechos humanos han pedido en repetidas ocasiones que se proporcione asistencia jurídica a las personas que sufren discriminación[669]. Esto debe incluir tanto asistencia económica para garantizar una representación legal efectiva como la exención de las tasas judiciales y otros costes asociados a las acciones judiciales, por ejemplo, los costes de designación de peritos.

---

659 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 25 d). Véase también el análisis sobre las justificaciones en la sección I.A.4 de la segunda parte de la presente guía.

660 Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad.

661 *Ibid*., directriz 3.1.

662 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 25 d).

663 Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad, principio 2.

664 *Ibid*., directriz 2.1. Para más detalles sobre las obligaciones de los Estados relativas a la accesibilidad, véase la sección I.C.1 de la segunda parte de la presente guía. Véase también Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014).

665 Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad, principio 2.1.

666 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), párr. 10.

667 *Ibid*., párr. 11.

668 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 34.

669 Véase, a título ilustrativo, CEDAW/C/ERI/CO/6, párrs. 25 y 26; E/C.12/BGR/CO/6, párrs. 12 y 13; CRPD/C/HTI/CO/1, párrs. 24 y 25; CCPR/C/CZE/CO/2, párr. 16; y CERD/C/KEN/CO/5-7, párr. 16 b).

Los organismos internacionales han establecido criterios para determinar la disponibilidad de asistencia jurídica, centrándose en los recursos financieros del demandante[670]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que la asistencia financiera puede estar sujeta "a los requisitos reglamentarios en cuanto a los medios de vida y la justificación de esa ayuda" si procede[671]. Si los Estados adoptan una comprobación de recursos, deben garantizar que se mantenga el ejercicio práctico y efectivo del derecho a la no discriminación, y la decisión de denegar la asistencia financiera individual no debe tener por efecto impedir el acceso a la justicia en la práctica. Con el fin de ampliar esta cuestión, el Comité ha subrayado que para recibir asistencia jurídica se deben establecer pocos requisitos mínimos[672] y la asistencia debe estar "disponible a nivel local"[673].

En algunas circunstancias, es posible que la denegación de asistencia jurídica pueda dar lugar por sí misma a una demanda por discriminación, debido a su impacto desproporcionado sobre los miembros de un grupo protegido. Se ha reconocido que las desventajas socioeconómicas son "causa y consecuencia" de la discriminación[674], y, por consiguiente, las personas que han experimentado discriminación suelen incluirse entre las que tienen menos probabilidades de contar con los recursos económicos necesarios para presentar una demanda por discriminación o para sufragar la asistencia jurídica. El ACNUDH, por ejemplo, ha señalado que las personas con discapacidad "están sobrerrepresentadas entre la población pobre a nivel mundial y tienen dificultades para costearse el asesoramiento jurídico y la representación letrada"[675]. Los titulares de mandatos de los procedimientos especiales han observado patrones similares en el ámbito nacional[676]. Algunos órganos de tratados han reconocido también la condición socioeconómica como motivo distinto de discriminación en el marco de "otra condición"[677], y se han presentado ante tribunales regionales de derechos humanos casos relativos a la denegación de asistencia jurídica por motivos similares[678].

d) Legitimación

Los órganos de tratados han recomendado cada vez más que se adopte un enfoque integrador de las normas nacionales que regulan la legitimación y la participación de terceros interesados en las demandas por discriminación[679]. Aunque los detalles concretos de las normas sobre legitimación dependerán del ordenamiento jurídico nacional, para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de discriminación, esas normas deben garantizar que las asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo en los derechos a la igualdad y a la no

---

670 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), párr. 10; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 49 y 52 d).

671 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 52 d).

672 *Ibid*., párr. 49.

673 *Ibid*., párr. 49 c).

674 Véase, por ejemplo, ACNUDH, "Principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos" (Ginebra, 2012), párr. 18.

675 A/HRC/37/25, párr. 40.

676 En una visita realizada al Reino Unido en 2018, por ejemplo, el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos observó que: "Las mujeres, las minorías raciales y étnicas, los niños, las familias monoparentales, las personas con discapacidad y los miembros de otros grupos históricamente marginados se enfrentan a riesgos desproporcionadamente más altos de pobreza". Véase A/HRC/41/39/Add.1, párr. 67.

677 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 35, en la que el Comité utiliza la expresión "situación social y económica".

678 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Airey v. Ireland*, demanda núm. 6289/73, sentencia de 9 de octubre de 1979. El Tribunal también ha constatado la vulneración del derecho a la no discriminación en casos relativos a la denegación de asistencia jurídica a no nacionales. Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Anakomba Yula v. Belgium*, demanda núm. 45413/07, sentencia de 10 de marzo de 2009.

679 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por ejemplo, ha observado que las acciones de interés público (acción popular) son un medio importante para asegurar la participación en el sistema de justicia, que es necesaria para garantizar el acceso a la justicia. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha pedido a los Estados que garanticen que las normas sobre legitimación permitan que los grupos y las organizaciones de la sociedad civil con interés en un caso determinado presenten solicitudes y participen en los procedimientos. Se han formulado recomendaciones similares en los foros regionales. Por ejemplo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado la eliminación de los obstáculos jurídicos a la legitimación, en particular permitiendo que los tribunales acepten la presentación de intervenciones de terceros y que los organismos de igualdad representen a las personas en procedimientos judiciales en determinados casos. Con respecto a su propio procedimiento de solicitud, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha subrayado la importancia de la acción popular para hacer posible la justicia. Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 53; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 16 c); Resolución 2054 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia, párr. 5.4; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Article 19 v. State of Eritrea*, comunicación núm. 275/2003, decisión, 16 a 30 de mayo de 2007, párr. 65.

discriminación puedan presentar una demanda en nombre o en apoyo de las personas objeto de discriminación, con su aprobación o en su nombre, en cualquier procedimiento judicial o administrativo.

VICTIMACIÓN Y LEGITIMACIÓN: CAPACIDAD JURÍDICA EN IGUALDAD DE CONDICIONES

A determinados grupos de la sociedad se les niega la legitimación debido a disposiciones que permiten transferir las facultades decisorias a otra persona o institución. Ello es especialmente pertinente en el caso de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, aunque la denegación discriminatoria de la capacidad jurídica también puede producirse por otros motivos o por una combinación de ellos. La comprensión del requisito de tener capacidad jurídica en igualdad de condiciones ha evolucionado considerablemente en los últimos años, en gran parte debido a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En virtud del artículo 12, párrafo 3, los Estados partes "adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Esas medidas, según el artículo 12, párrafo 4, deben prever "salvaguardias apropiadas y efectivas para impedir los abusos... [sin] conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial".

En su observación general núm. 1 (2014), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desarrolló el significado del artículo 12, afirmando que: "Para reconocer plenamente la 'capacidad jurídica universal', en virtud de la cual todas las personas, con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones, poseen una capacidad jurídica inherente, los Estados partes deben dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad"[680]. El Comité ha señalado que este requisito se aplica en relación con la capacidad jurídica y otros aspectos del procedimiento judicial (como la aportación de pruebas) que pueden ser aplicables en casos de discriminación[681]. A este respecto, el Comité ha recomendado a los Estados que supriman el modelo de "sustitución en la adopción de decisiones" y lo reemplacen por una alternativa de "apoyo a la adopción de decisiones", que reconoce la dignidad inherente a la persona y es coherente con el concepto de igualdad ante la ley[682].

Algunos Estados han actuado sobre la base de estos requisitos legales y otros están actualmente siguiendo el proceso de reforma de la ley y la práctica en este ámbito[683]. Por ejemplo, en 2018, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad acogió con satisfacción las reformas jurídicas del Perú, como un hito y un ejemplo a seguir por todos los Estados[684]. Antes de las reformas, en virtud del código civil del país, los jueces tenían competencia para declarar que las personas con discapacidad intelectual o psicosocial no estaban capacitadas para cuidar de sí mismas o de sus bienes y para imponerles un tutor. Las reformas corrigieron esta situación, eliminaron las restricciones a los derechos de las personas con discapacidad y les proporcionaron apoyo para que tomaran sus propias decisiones[685].

---

680 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 1 (2014), párr. 25.

681 Véanse, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 49; y observación general núm. 1 (2014), párrs. 13 y 14. Véase también A/HRC/37/25, párrs. 4, 33 y 34.

682 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 1 (2014), párrs. 26 a 29.

683 En un informe elaborado en 2017, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad señaló procesos de reforma legislativa para avanzar en la práctica hacia la capacidad jurídica en igualdad de condiciones al menos en 32 países: Alemania, Argentina, Australia (Nueva Gales del Sur, Territorio del Norte y Victoria), Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá (Alberta), Colombia, Costa Rica, Chequia, Dinamarca, España (Cataluña), Estados Unidos (Texas), Federación de Rusia, Georgia, Hungría, Irlanda, Islas Marshall, Israel, India, Kenya, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Perú, Portugal, Reino Unido (Irlanda del Norte), República de Moldova, Rumania, Suiza y Zambia. Véase A/HRC/37/56, párr. 38.

684 Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, "Peru: milestone disability reforms lead the way for other States, says UN expert", 4 de septiembre de 2018. Disponible en www.ohchr.org/en/press-releases/2018/09/peru-milestone-disability-reforms-lead-way-other-states-says-un-expert?LangID=E&NewsID=23501.

685 *Ibid.*

Una legitimación amplia asegura que terceros puedan prestar apoyo a las personas objeto de discriminación para que presenten una demanda cuando no puedan o no deseen hacerlo solas. Garantiza el acceso a la justicia en situaciones en las que las víctimas de discriminación son colectivos, por ejemplo, comunidades religiosas o grupos indígenas. La jurisprudencia también ha reconocido que los miembros de grupos minoritarios tienen legitimación para denunciar la incitación que no esté dirigida contra ellos personalmente, sino contra un grupo más amplio del que formen parte[686]. También se reconoce cada vez más que los grupos representativos, como las organizaciones de la sociedad civil, deben tener legitimación para denunciar la discriminación[687]. Estos actores pueden tener los conocimientos, la experiencia y la financiación necesarios para apoyar a las personas que son objeto de discriminación. Cuando estos actores presenten demandas, los miembros de las comunidades afectadas deben ser consultados, han de participar en el proceso y se han de tener debidamente en cuenta sus opiniones.

B. Indicios y pruebas

La discriminación suele reflejar un desequilibrio de poder entre las partes y la existencia de hechos que son de conocimiento exclusivo —total o parcial— de la parte que discrimina. Se reconoce que la aplicación de las normas de procedimiento ordinarias en estos casos, que harían recaer sobre la parte discriminada la carga de probar la discriminación con arreglo a una norma jurídica establecida (a menudo, sobre la base de un equilibrio de probabilidades), suele dar resultados injustos. Por tanto, deben adaptarse las normas jurídicas relativas a los indicios y las pruebas para garantizar que las víctimas de discriminación puedan obtener reparación y hacer valer sus derechos. En el marco de las leyes internacionales, regionales y nacionales que regulan el derecho a la no discriminación se han desarrollado diversas formas de mejorar la imparcialidad del procedimiento para cumplir este objetivo. Entre ellas se incluyen las disposiciones para el "desplazamiento" de la carga de la prueba, así como las normas jurídicas sobre los tipos de pruebas legítimas para establecer una demanda por discriminación (y, en particular, sobre la función de las pruebas de verificación y los datos estadísticos). En la presente sección se examinan estas cuestiones.

1. Carga de la prueba

Tradicionalmente, en los sistemas contenciosos, las personas que interponen una acción judicial deben demostrar que se han vulnerado sus derechos. La carga de la prueba suele recaer en el demandante. En casos de discriminación, sin embargo, esto puede ser problemático. La persona que supuestamente ha discriminado al demandante suele tener más poder, tanto en términos de recursos como de acceso a la información. Por ejemplo, para demostrar que un despido fue discriminatorio será preciso acceder a la documentación y demás información que está en poder del empleador; es improbable que el trabajador tenga acceso a las pruebas necesarias para proceder y, por tanto, exigirle que las presente menoscabaría el acceso a la justicia.

Se ha alcanzado un consenso sobre la necesidad de apartarse de las normas tradicionales que rigen la práctica de la prueba en los casos de discriminación. En su observación general núm. 20 (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que: "Por lo que respecta a la carga de la prueba en el caso de las demandas, cuando sean las autoridades u otro demandado quienes tengan conocimiento exclusivo de la totalidad o parte de los hechos y acontecimientos a que esta haga referencia, la carga de la prueba recaerá en las autoridades o el otro demandado, respectivamente"[688]. Más recientemente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su observación general núm. 6 (2018), indicó que en los procedimientos civiles era necesario desplazar la carga de la prueba del demandante al demandado cuando el demandante establecía *prima facie* que se había producido discriminación[689].

---

686 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Koptova c. la República Eslovaca*, comunicación núm. 13/1998, así como Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Behar and Gutman v. Bulgaria*, demanda núm. 29335/13, sentencia de 16 de febrero de 2021, párrs. 44 a 48.

687 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Promo-LEX c. la República de Moldova* (CEDAW/C/76/D/105/2016), párrs. 6.1 a 6.10.

688 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

689 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párrs. 26 g) y 73 i). Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 30 (2005), párr. 24; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párr. 15 g); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40; y CCPR/C/CZE/CO/4, párr. 9.

CROACIA: LA CARGA DE LA PRUEBA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

1) **Si una parte alega ante un tribunal u otro procedimiento que se ha vulnerado su derecho a la igualdad de trato de conformidad con las disposiciones de esta ley, deberá exponer de forma plausible que se ha producido discriminación. En este caso, corresponderá al demandado demostrar que no ha habido discriminación.**

2) **Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicará a los procedimientos por faltas ni a las actuaciones penales.**

El requisito del "desplazamiento" de la carga de la prueba es crucial para la eficacia de las disposiciones de derecho civil y administrativo que prohíben la discriminación. El establecimiento de un caso *prima facie* constituye una presunción legal que, una vez acreditada, puede ser refutada mediante la presentación de pruebas que indiquen: a) que no hubo diferencia de trato o consecuencias sobre la base de un motivo protegido; o b) que la disposición, el criterio o la práctica que se aplicaron en el caso en cuestión estaban justificados de forma objetiva y razonable[690].

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: HACER UNA DEDUCCIÓN

Para determinar si el demandante ha establecido un caso *prima facie*, el órgano judicial debe hacer deducciones a partir del material presentado. Las deducciones son esenciales en casi todos los casos de discriminación directa, con la excepción de los pocos casos en los que una parte discriminadora declara explícitamente que su decisión se basa en una característica protegida de una persona. En una sentencia notable dictada en el Reino Unido, la Cámara de los Lores determinó: "Rara vez se obtendrán pruebas directas de una decisión de discriminar basada en motivos protegidos. Habitualmente, los motivos de la decisión tendrán que deducirse, o inferirse, de las circunstancias que la rodean"[691]. La Cámara de los Lores reafirmó la sentencia de un tribunal laboral, según la cual se había denegado el nombramiento para un puesto de trabajo a un aspirante porque previamente había presentado varias demandas por discriminación racial contra el empleador, haciendo deducciones respecto del hecho de que el aspirante había recibido una puntuación claramente ridícula y exageradamente baja por su capacidad de expresión en su entrevista. Las deducciones de discriminación también son relevantes al abordar formas de discriminación estructural para las que el acceso a las pruebas puede ser limitado[692] y, de hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado en deducciones en diversos casos en los que a los solicitantes les podía resultar difícil obtener pruebas[693]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial determinó que los Estados partes vulneraban el derecho a un recurso efectivo contra la discriminación cuando los tribunales nacionales no extraían las conclusiones adecuadas del material presentado por personas que alegaban discriminación[694].

---

690 En el marco de las directivas relativas a la igualdad de trato de la Unión Europea, la prueba de justificación solo se aplica en casos de discriminación indirecta. Véase, además, el análisis de las justificaciones y excepciones en la sección I.A.4 a) de la segunda parte de la presente guía.

691 Reino Unido, Cámara de los Lores, *Swiggs and others v. Nagarajan* [1999] UKHL 36; [2000] 1 AC 501; [1999] 4 All ER 65; y [1999] 3 WLR 425 (15 de julio de 1999).

692 Basándose en esta cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que la demostración de un sesgo estructural a gran escala puede bastar para establecer *prima facie* que se ha producido discriminación. Véase, por ejemplo, *Volodina v. Russia*, demanda núm. 41261/17, 9 de julio de 2019, párrs. 112 a 114.

693 Véase, por ejemplo, *Čonka v. Belgium*, un caso de asilo relativo a una expulsión colectiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constató una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio, alegando que el procedimiento seguido no le permitía eliminar toda duda acerca del hecho de que la expulsión podría haber sido colectiva, una conclusión que se apoyaba en la referencia a algunos factores objetivos, entre ellos el trato dispensado a los demandantes y las declaraciones de las autoridades políticas. Véase *Čonka v. Belgium*, demanda núm. 51564/99, sentencia de 5 de febrero de 2002, párrs. 61 a 63.

694 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Zapescu c. Moldavia* (CERD/C/103/D/60/2016), párrs. 8.5 a 8.10.

En algunos países, las disposiciones específicas sobre la carga de la prueba se establecen en las leyes generales contra la discriminación, mientras que, en otros, estas normas se definen en otra legislación. En algunos Estados se han adoptado disposiciones que regulan los medios de prueba admisibles en los casos de discriminación. En otros, los documentos de orientación extrajudicial sobre indicios y pruebas facilitan a los tribunales la aplicación del marco jurídico procesal contra la discriminación. Todos estos enfoques cumplirán las obligaciones de los Estados, siempre que las normas que regulan el desplazamiento de la carga de la prueba estén claramente establecidas, sean bien comprendidas por los profesionales del derecho y sean accesibles al público.

2. Excepciones a la norma

La presunción de inocencia en el derecho penal es un principio importante y bien establecido que no es compatible con un desplazamiento de la carga de la prueba (véase la sección II.A de la segunda parte de la presente guía)[695]. Además, el traslado de la carga de la prueba tal vez no sea apropiada en los sistemas inquisitivos, en los que el tribunal o el fiscal se encargan de investigar los hechos del caso[696]. Sin embargo, en tales sistemas, es esencial que el derecho a la no discriminación siga siendo efectivo, un hecho que subrayan los tribunales nacionales en los sistemas de derecho civil, que han reconocido las dificultades inherentes relacionadas con la prueba en los casos de discriminación.

CARGA DE LA PRUEBA: ENFOQUE DEL CONSEJO DE ESTADO EN FRANCIA

En una causa de 2009, el tribunal administrativo supremo de Francia, el Consejo de Estado[697], estableció el procedimiento que regula la carga de la prueba en los casos de discriminación. Dado que el sistema francés es inquisitivo por naturaleza, el demandante no podía invocar la legislación de la Unión Europea, que exige el desplazamiento de la carga de la prueba cuando se ha establecido *prima facie* que ha existido discriminación[698], en su apelación contra una decisión adoptada por el Ministerio de Justicia. Sin embargo, el tribunal reconoció que, en el sistema inquisitivo, la responsabilidad del juez administrativo, por lo general, consistía en comprobar que las partes aportaban todos los elementos para establecer sus causas. En las causas de discriminación, esta responsabilidad debe ejercerse teniendo en cuenta las dificultades probatorias inherentes a este ámbito. Por consiguiente, en opinión del tribunal, si bien corresponde al demandante presentar al juez los elementos de hecho susceptibles de establecer la presunción de que una determinada decisión administrativa ha vulnerado el principio de igualdad, incumbe a la parte encausada aportar los elementos de hecho que permitan demostrar que la decisión impugnada se basó en elementos objetivos ajenos a toda discriminación.

3. Pruebas

Los enfoques sobre la admisibilidad y el uso de pruebas en casos de discriminación dependerán de las normas procesales del ordenamiento jurídico nacional. Esas normas no deben obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas de discriminación y no deben entrar en conflicto con el principio de que es preciso mantener el ejercicio práctico y efectivo del derecho a la no discriminación. Se ha recurrido a una amplia gama de fuentes

---

695 Véanse, entre otros, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, párr. 2; y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), párr. 30.

696 Así lo establecen las directivas de la Unión Europea relativas a la igualdad de trato. Véase Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 19, párr. 3; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, art. 9, párr. 5; 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, art. 8, párr. 5; y 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, art. 10, párr. 5.

697 Francia, Consejo de Estado, causa núm. 298348, decisión de 30 de octubre de 2009. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021219388 (en francés). Para consultar un resumen útil de la causa, véase Consejo de Estado, "Les grandes décisions du Conseil d'État", 30 de octubre de 2018. Disponible en www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assemblee-30-octobre-2009-mme-perreux (en francés).

698 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, art. 10.

y materiales para demostrar la existencia de patrones de discriminación en el ámbito regional, incluidas pruebas estadísticas[699], pruebas procedentes de verificaciones[700] e informes de organizaciones de derechos humanos, procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos e informes periódicos de órganos de tratados[701]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que no existen obstáculos procesales a la admisibilidad de las pruebas[702] en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y tanto el Tribunal Europeo como el Interamericano han mostrado su disposición a tener en cuenta pruebas contextuales más amplias de discriminación sistémica para determinar la existencia de una violación del derecho a la no discriminación en virtud de sus respectivos Convenios[703].

C. Mecanismos internacionales de justicia

Además de proporcionar sanciones efectivas, reparaciones individuales y recursos institucionales y sociales en sus marcos jurídicos nacionales, para garantizar un recurso efectivo es necesario que los Estados permitan que las personas expuestas a discriminación presenten denuncias directamente ante los órganos de tratados.

De hecho, en numerosos casos, los supervivientes solo han obtenido reconocimiento y reparación por la discriminación que han experimentado cuando han recurrido al ámbito internacional, tras haber agotado los recursos internos. Además de ofrecer recursos en determinados casos, las conclusiones de los órganos de tratados en el examen de las denuncias individuales han desempeñado un papel esencial en la promoción de la reforma en relación con la igualdad a nivel nacional y en la evolución de la comprensión del alcance y el fondo del derecho a la no discriminación a nivel internacional.

Así pues, a fin de garantizar la disponibilidad de un amplio conjunto de recursos —y cumplir así sus obligaciones internacionales—, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que los particulares puedan presentar denuncias ante los órganos de tratados. Para ello, los Estados deben ratificar un protocolo facultativo o hacer una declaración específica en virtud del instrumento pertinente. Si aún no se han tomado estas medidas, deberían adoptarse de forma paralela a la aprobación de leyes generales contra la discriminación. De hecho, para garantizar el acceso efectivo a la justicia, los Estados deben asegurarse de que la legislación contra la discriminación señale la presentación de una denuncia ante los órganos de tratados como un medio específico para garantizar la reparación y establezca los pasos necesarios para acceder a esos órganos.

1. Mecanismos para presentar denuncias individuales

Queda fuera del alcance de la presente guía describir toda la gama de mecanismos de justicia internacional disponibles para el examen de las violaciones de los derechos humanos; en cambio, en esta sección se resume brevemente el sistema para presentar denuncias individuales ante los órganos que se ocupan con mayor frecuencia de los derechos a la no discriminación y a la igualdad.

---

699 En algunas jurisdicciones es norma establecida que los demandantes pueden basarse en pruebas estadísticas y que los tribunales nacionales tienen en cuenta esas pruebas en situaciones en las que son válidas y significativas. Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párrs. 187 y 188, en la que el Tribunal observó, en relación con la discriminación indirecta en particular, que las estadísticas que tras un examen crítico parecían fiables y significativas bastaban para constituir un indicio de prueba que el demandante tenía que presentar. Para más información, véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, págs. 242 a 248. Sin embargo, esto no significa que la discriminación indirecta no pueda demostrarse sin pruebas estadísticas *(ibid.)*.

700 En un número cada vez mayor de jurisdicciones, las pruebas de verificación son una técnica reconocida por los tribunales para demostrar la discriminación. Las pruebas de verificación han sido utilizadas por autoridades gubernamentales, organismos de igualdad, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales para descubrir, documentar y establecer patrones o prácticas de discriminación. Quienes proceden a la verificación se hacen pasar por personas de buena fe que buscan empleo o una vivienda o piden el servicio de restaurantes, hoteles o taxis, por ejemplo. Durante el proceso de verificación, se envía a miembros del equipo de pruebas a intervalos muy espaciados para pedir información sobre un trabajo, un apartamento o la disponibilidad de un determinado servicio (se ha omitido la nota a pie de página). Véase Fitsum Alemu, "Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary", European Roma Rights Centre, 3 de octubre de 2000, y los ejemplos de la práctica del derecho nacional citados en esa publicación. Disponible en www.errc.org/roma-rights-journal/testing-to-prove-racial-discrimination-methodology-and-application-in-hungary.

701 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Volodina v. Russia*, demanda núm. 41261/17, sentencia de 9 de julio de 2019.

702 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 178.

703 Véanse, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, demanda núm. 17484/15, sentencia de 25 de julio de 2017, párr. 54; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrs. 168 a 170.

El Comité de Derechos Humanos está facultado para examinar comunicaciones individuales en las que se denuncien violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por Estados que sean partes en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto. El Comité puede examinar denuncias que incluyan discriminación con respecto a cualquiera de los derechos civiles y políticos reconocidos en el Pacto (en virtud del artículo 2) o discriminación en cualquier ámbito de la vida regulado por la ley, tal y como se establece en el artículo 26.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede examinar comunicaciones individuales relativas a Estados partes en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Puede examinar denuncias en las que se alegue discriminación con respecto a cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales garantizados por el Pacto, incluidos los ámbitos de la educación, el empleo, la salud y la atención de salud — en particular la salud y los derechos sexuales y reproductivos—, la vivienda y el alojamiento, el acceso al agua y el saneamiento, el acceso a alimentos y prendas de vestir, así como la seguridad social y la asistencia social.

Además de estos mecanismos, se establecen mecanismos de denuncia en virtud de tratados dedicados específicamente a hacer frente a la discriminación o a proteger los derechos de determinados grupos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial puede examinar peticiones individuales en las que se aleguen violaciones por Estados partes que hayan hecho una declaración en virtud del artículo 14 de la Convención pertinente. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puede examinar comunicaciones individuales en las que se denuncien violaciones de la Convención pertinente por Estados partes en el Protocolo Facultativo de la Convención. Asimismo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puede examinar comunicaciones individuales en las que se denuncien violaciones de la Convención pertinente por Estados partes en su Protocolo Facultativo. Si un Estado ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el Comité de los Derechos del Niño podrá examinar comunicaciones en las que se denuncien violaciones de la Convención o de sus Protocolos Facultativos. Existen otros procedimientos de denuncia relativos a la tortura, los derechos de los trabajadores migrantes y en el contexto de las desapariciones forzadas, pero quedan fuera del alcance de la presente guía.

IMPULSAR LA REFORMA SISTÉMICA EN MATERIA DE IGUALDAD A TRAVÉS DE LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE COMUNICACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS

A. S. c. HUNGRÍA

A. S. era una mujer romaní de Hungría que fue sometida a esterilización anticonceptiva sin su consentimiento libre e informado. Como consecuencia, ya no pudo tener hijos y experimentó el trauma de una intervención coercitiva en un ámbito muy íntimo de su vida. La Sra. A. S. llevó su caso ante los tribunales húngaros, pero estos no fallaron a su favor, concediendo una deferencia muy amplia a las actuaciones de los médicos. Por ello, la Sra. A. S. presentó una denuncia ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Al pronunciarse sobre el caso, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer detectó violaciones de los artículos 10 h) (obligación de eliminar la discriminación en la educación), 12 (obligación de eliminar la discriminación en la atención de la salud) y 16, párrafo 1 e) (obligación de eliminar la discriminación en el matrimonio y las relaciones familiares) de la Convención pertinente. Sostuvo que Hungría debía ofrecer una indemnización adecuada a la Sra. A. S. "proporcional a la gravedad de las vulneraciones de sus derechos" y recomendó una serie de medidas generales para garantizar la no repetición de los actos, entre ellas:

- **Tomar nuevas medidas para garantizar que todo el personal competente de los centros de salud públicos y privados, incluidos hospitales y clínicas, conozca y cumpla las disposiciones oportunas de la Convención y los párrafos pertinentes de las recomendaciones generales núms. 19, 21 y 24 del Comité relativos a la salud y los derechos reproductivos de la mujer.**

- **Revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento informado a en casos de esterilización y asegurarse de su conformidad con los derechos humanos y las normas médicas internacionales...**
- **Hacer un seguimiento de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, en que se practiquen esterilizaciones para asegurarse de que los pacientes dan su consentimiento plenamente informado antes de que se lleve a cabo la intervención de esterilización, e imponer las debidas sanciones en caso de que no sea así.**

  … publicar las opiniones y recomendaciones del Comité, traducirlas al húngaro y darles amplia difusión, para que lleguen a todos los sectores pertinentes de la sociedad[704].

Como resultado de la decisión, Hungría aprobó una serie de enmiendas a la legislación y las políticas nacionales, y concedió una indemnización económica a la Sra. A. S.

2. Demandantes, demandados y procedimiento

Se pueden presentar denuncias ante un Comité contra un Estado que sea parte en el tratado en cuestión y haya aceptado la competencia del Comité para examinar denuncias individuales, ya sea mediante la ratificación del protocolo facultativo pertinente o haciendo una declaración (en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial). Antes de presentar una denuncia, deben haberse agotado todos los recursos internos.

Las denuncias pueden ser presentadas por cualquier persona que considere que es objeto de discriminación o de menoscabo de otro derecho garantizado por el instrumento pertinente. Las denuncias pueden ser presentadas por terceros, siempre que los distintos denunciantes hayan dado su consentimiento por escrito. En determinados casos, un tercero puede presentar una denuncia sin ese consentimiento, por ejemplo, cuando una persona está en prisión sin acceso al mundo exterior o es víctima de una desaparición forzada. En tales casos, el autor de la denuncia deberá exponer claramente por qué no puede otorgarse dicho consentimiento.

Los órganos de tratados disponen de normas detalladas para la presentación de denuncias y de procedimientos para su examen, que pueden consultarse en las correspondientes páginas web del ACNUDH[705].

---

[704] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *A. S. c. Hungría*, comunicación núm. 4/2004, párrs. 11.5 y 11.6.

[705] Véase, por ejemplo, www.ohchr.org/es/treaty-bodies/human-rights-bodies-complaints-procedures.

IV. ORGANISMOS DE IGUALDAD

RESUMEN

- **La legislación contra la discriminación debe prever la creación de organismos de igualdad especializados.**
- **Los organismos de igualdad deben ser independientes y estar aislados del riesgo de injerencia por actores políticos y de otro tipo.**
- **Los organismos de igualdad deben disponer de los recursos, el personal y la experiencia necesarios para cumplir plenamente sus mandatos.**
- **Los organismos de igualdad deben estar equilibrados en cuanto al género, reflejar la diversidad de la sociedad e incluir a las personas y los grupos marginados de la sociedad. El proceso de nombramiento debe ser transparente y prever la participación del público.**
- **Los organismos de igualdad deben estar dotados de las funciones y competencias apropiadas para cumplir eficazmente sus mandatos.**
- **Los organismos de igualdad deben recibir el mandato adecuado y estar facultados para desempeñar las siguientes funciones:**
  - **Promover la igualdad y prevenir la discriminación.**
  - **Prestar apoyo a las personas expuestas a discriminación e intolerancia y litigar en su nombre.**
- **Los organismos de igualdad también pueden recibir el mandato de examinar denuncias de discriminación y tomar decisiones y determinaciones. Cuando los organismos de igualdad tienen autoridad para adoptar decisiones, deben contar con las debidas competencias para garantizar el acceso efectivo a la justicia y prever tanto recursos como sanciones.**
- **Debe exigirse a los organismos de igualdad que informen públicamente sobre su trabajo de forma periódica y en medios accesibles a todas las personas. Los Estados deben apoyar la labor de los organismos de igualdad y tomar medidas para garantizar su eficacia.**

En los últimos decenios se ha observado una creciente tendencia mundial a la creación de organismos de igualdad independientes y especializados. Los organismos de igualdad son autoridades públicas creadas para apoyar el cumplimiento y la aplicación de las leyes contra la discriminación. Estos organismos comparten una función esencial en la promoción del derecho a la no discriminación y la protección de las personas contra cualquier daño. En muchas jurisdicciones, los organismos de igualdad también desempeñan un papel importante al afrontar las desigualdades estructurales: apoyan la adopción de medidas de acción positiva y la imposición de obligaciones legales en materia de igualdad. Por lo tanto, la necesidad de disponer de órganos de igualdad emana directamente de las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación[706]. Los órganos de tratados también han identificado una obligación específica de establecer órganos de igualdad.

Al cumplir su mandato relativo a la igualdad, los organismos de igualdad nacionales desempeñan una función esencial en la labor de detectar y eliminar las prácticas discriminatorias, y a menudo se encargan de coordinar la aplicación de medidas, de conformidad con las obligaciones más amplias de los Estados en materia de igualdad y no discriminación. En algunas jurisdicciones, los organismos de igualdad también tienen una función ejecutiva directa, ya que reciben denuncias individuales de discriminación y deciden al respecto.

Como se analiza con más detalle en esta sección, ha surgido un consenso sobre los requisitos institucionales necesarios para los organismos de igualdad en el marco del derecho internacional. Se ha concedido a los Estados comparativamente más libertad con el fin de determinar el mandato, las funciones y las competencias

[706] Para más información sobre estas obligaciones, véase la sección I.B de la primera parte de la presente guía.

de esos organismos; sin embargo, para cumplir sus obligaciones en el ámbito del derecho internacional, las instituciones creadas en virtud del derecho interno deben ser a la vez independientes y eficaces. Cuando se han otorgado a los organismos de igualdad las garantías institucionales necesarias para asegurar su funcionamiento efectivo y se les han asignado las funciones y competencias necesarias para que cumplan de forma satisfactoria sus mandatos, estos organismos han demostrado ser fundamentales para hacer frente a la discriminación y eliminar las desigualdades de conformidad con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho internacional.

A. Los organismos de igualdad y el derecho internacional

Salvo una excepción, ninguno de los principales instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas incluye la obligación explícita de establecer organismos de igualdad independientes, y la expresión "organismo de igualdad" se utiliza con poca frecuencia a nivel internacional. Sin embargo, en la interpretación de sus respectivas Convenciones, los órganos de tratados se han referido en diversas ocasiones a la necesidad de establecer "comisiones nacionales", "órganos competentes", "instituciones de seguimiento independientes" y "mecanismos independientes", demostrando así una obligación específica de establecer organismos de igualdad[707].

En sus recientes observaciones finales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han recomendado el establecimiento de mecanismos e instituciones independientes diseñados para abordar formas de discriminación[708]; y han formulado observaciones sobre los requisitos básicos de dichos órganos cuando se han establecido[709]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han observado que los Estados deben establecer esos órganos como un aspecto de la obligación de garantizar la protección efectiva y el cumplimiento del derecho a la no discriminación. Así, en su recomendación general núm. 17 (1993), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial "*recomienda* que los Estados partes establezcan comisiones nacionales u otros órganos competentes... [para] promover el respeto del disfrute de los derechos humanos, sin discriminación alguna"[710]. En su recomendación general núm. 28 (2010), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer observó que los Estados deben "asegurar que se establezcan instituciones de seguimiento independientes, por ejemplo institutos nacionales de derechos humanos o comisiones independientes para la mujer, o que los institutos nacionales existentes reciban el mandato de promover y proteger los derechos garantizados en la Convención"[711].

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace explícita la obligación de establecer mecanismos independientes, por ejemplo, organismos de igualdad. En virtud del artículo 33, párrafo 2, de la Convención, los Estados "de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención"[712].

El establecimiento de organismos de igualdad también forma parte cada vez más de las recomendaciones de los titulares de mandatos de los procedimientos especiales[713]. Así, por ejemplo, la Experta Independiente sobre el

---

[707] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 17 (1993), párr. 1; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 28; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 33, párr. 2; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

[708] Por ejemplo, en sus recientes observaciones finales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recomendado el establecimiento de "mecanismos institucionales" para combatir la discriminación contra los romaníes, y la designación de un organismo en Bélgica "encargado de tramitar las denuncias de discriminación por motivos de idioma". En sus observaciones finales sobre Túnez, el Comité de Derechos Humanos pidió la creación de una "comisión nacional de lucha contra la discriminación racial"; mientras que, en sus observaciones finales sobre Grecia, el Comité recomendó la adopción de un "sistema independiente de seguimiento y presentación de informes" para garantizar el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. Véanse, respectivamente, E/C.12/UKR/CO/7, párr. 15 b); E/C.12/BEL/CO/5, párr. 19; CCPR/C/TUN/CO/6, párr. 18 b); y CCPR/C/GRC/CO/2, párr. 10.

[709] Véase, por ejemplo, E/C.12/BGR/CO/6, párr. 5; y CCPR/C/MDA/CO/3, párrs. 7 y 8.

[710] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 17 (1993), párr. 1.

[711] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 28.

[712] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 33, párr. 2.

[713] Véanse, por ejemplo, A/HRC/42/43/Add.2, párr. 93; A/HRC/36/48/Add.2, párr. 87; A/HRC/30/56/Add.1, párr. 111; y A/71/301, párr. 15.

disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad ha recomendado a los Estados que establezcan un organismo de igualdad nacional independiente que supervise las cuestiones relativas a la discriminación e informe al respecto, promueva la igualdad y tramite de forma rápida las denuncias de discriminación[714]. El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia también ha estudiado recientemente la función de los organismos de igualdad en la lucha contra la discriminación racial como parte de su mandato temático[715].

Si bien el derecho internacional concede un amplio margen de discrecionalidad a los Estados en cuanto a la forma, la estructura y el mandato de los organismos de igualdad, se han elaborado buenas prácticas a nivel regional, sobre todo en Europa. Desde 2000, la legislación de la Unión Europea impone a los Estados miembros y a los países candidatos la obligación legal de crear organismos de igualdad independientes[716]. En diciembre de 2017, el Consejo de Europa publicó una guía para sus Estados miembros sobre la creación de esos organismos, su forma y funciones[717], mientras que la Unión Europea también ha publicado una recomendación sobre las normas para los organismos de igualdad[718]. Entre estos documentos y las recomendaciones de los órganos de tratados es posible establecer algunos requisitos esenciales para el correcto funcionamiento de los organismos de igualdad. Pueden dividirse en dos categorías: a) requisitos institucionales; y b) mandatos, funciones y competencias.

B. Requisitos institucionales para los organismos de igualdad

Entre ellos, los órganos de tratados han establecido ciertos requisitos institucionales que deben cumplirse para garantizar que los organismos de igualdad puedan desempeñar sus funciones con eficacia. En particular, esos organismos deben: a) ser independientes, b) disponer de recursos suficientes, c) ser inclusivos, participativos y representativos de la diversidad de la sociedad, y d) ser accesibles. Las orientaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y de la Comisión Europea, junto con el informe de 2016 del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, se basan en estos requisitos, y proporcionan más detalles sobre las medidas necesarias para garantizar que los organismos de igualdad puedan cumplir eficazmente sus mandatos.

1. Independencia

Los organismos de igualdad deben ser independientes y estar aislados del riesgo de injerencia por actores políticos y de otro tipo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos han observado la obligación de los Estados de garantizar que los organismos de igualdad sean realmente independientes[719]. Para garantizar su independencia funcional, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que los organismos de igualdad deben ser independientes "del poder ejecutivo del Estado parte" y estar "integrados por miembros designados de manera pública, democrática, transparente y participativa"[720]. En un sentido similar, en sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia subraya la necesidad de que los organismos de igualdad gocen de independencia "tanto *de iure* como *de facto*"

---

[714] A/HRC/42/43/Add.2, párr. 93.

[715] A/71/301, párr. 78.

[716] Véase, por ejemplo, la 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, art. 13, párr. 1.

[717] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI: organismos de promoción de la igualdad para luchar contra el racismo y la intolerancia a nivel nacional" (Estrasburgo, 2018).

[718] Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión de 22 de junio de 2018 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad.

[719] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 17 (1993), párr. 1; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 28; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 m); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40; y CCPR/C/GEO/CO/4, párr. 6.

[720] Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que figuran en el anexo al reglamento del Comité (CRPD/C/1/Rev.1, anexo), párr. 15.

y sean "entidades jurídicas aparte situadas fuera del poder ejecutivo y legislativo"[721]. Para garantizar su independencia, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia recomienda que los organismos de igualdad se establezcan mediante disposiciones constitucionales o legislativas, y que este fundamento jurídico afirme su independencia y establezca las condiciones que la garanticen[722].

En la práctica, la transparencia y la integridad del proceso de nombramiento y destitución de los miembros de los organismos de igualdad, junto con la experiencia, las cualificaciones y la independencia de las personas nombradas, han demostrado ser esenciales para garantizar la eficacia y la independencia de esos organismos[723]. Uno de los elementos básicos del proceso de nombramiento es la existencia de un proceso abierto y público, que prevea tiempo, información y oportunidades suficientes para mantener un debate público y en los medios de comunicación sobre los candidatos y sus cualificaciones.

Tanto el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como la recomendación general núm. 17 (1993) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial instan a los Estados a tener en cuenta los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (Principios de París) al establecer los órganos de igualdad[724]. Otros órganos de tratados[725] y titulares de mandatos de los procedimientos especiales han formulado recomendaciones similares[726]. Los Principios de París proporcionan criterios de referencia internacionales en relación con los cuales las instituciones nacionales de derechos humanos pueden ser acreditadas por la Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Aunque las instituciones nacionales de derechos humanos funcionalmente son diferentes de los organismos de igualdad[727], y poseen un mandato mucho más amplio en materia de derechos humanos (aunque existen algunas instituciones con mandatos múltiples)[728], estos principios ofrecen un marco útil para evaluar la independencia de los organismos de igualdad.

Los Principios de París establecen seis criterios principales para medir la independencia: a) mandato y competencia; b) autonomía en relación con el gobierno; c) independencia garantizada por la ley o la constitución; d) pluralismo; e) recursos suficientes; y f) facultades de investigación adecuadas. Algunos de estos criterios se analizan con más detalle a continuación. En sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia desarrolla esta lista y formula varias recomendaciones concretas, entre otras cosas, en relación con el nombramiento, la selección y la permanencia en el cargo del personal; la gestión de los recursos humanos; las adquisiciones y la administración de la oficina; la elaboración y publicación de materiales; y los controles financieros y las medidas internas de gobernanza y rendición de cuentas[729]. Aunque el examen detallado de estos criterios queda fuera del alcance de la presente guía, las buenas prácticas en este ámbito, sobre todo en el ámbito europeo, se han detallado ampliamente en otros lugares[730].

2. Recursos suficientes

En su observación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad destaca la importancia de garantizar que los organismos de igualdad establecidos en virtud de la Convención

---

721 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 2.

722 *Ibid*.

723 Véase, por ejemplo, Niall Crowley (por la European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination), *Equality Bodies Making a Difference* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018), págs. 89 a 101.

724 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 33, párr. 2; y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 17 (1993), párr. 1.

725 Véase, por ejemplo, E/C.12/BGR/CO/6, párr. 5; y CCPR/C/MDA/CO/3, párr. 8.

726 A/71/301, párr. 86.

727 De hecho, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha pedido a los Estados que "diferencien [un organismo de igualdad] de la institución nacional general de derechos humanos". Véase A/71/301, párr. 86.

728 Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, véase Crowley, *Equality Bodies Making a Difference*, págs. 45 a 56.

729 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párrs. 23 a 36. Véase también la Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, recomendación 1.2.1. Además de esta lista, la recomendación 1.2.1, párr. 2, insta a los Estados a adoptar medidas para prevenir cualquier conflicto de intereses que implique al personal, la dirección o los miembros del consejo de administración de los organismos de igualdad.

730 Véase, por ejemplo, Crowley, E*quality Bodies Making a Difference*, págs. 89 a 101.

cuenten con "recursos suficientes para hacer frente a la discriminación"[731]. Del mismo modo, en su orientación sobre el artículo 33, párrafo 2, el Comité ha pedido a los Estados que garanticen que dichos organismos "dispongan de financiación y recursos técnicos y humanos cualificados en cantidad suficiente" y "puedan administrar su presupuesto con autonomía"[732]. En sus observaciones finales, el Comité de Derechos Humanos ha observado que los organismos de igualdad deben contar con "los recursos financieros y humanos necesarios para cumplir su mandato con eficacia e independencia"[733]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha formulado observaciones similares[734].

Tanto las orientaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia como el informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia subrayan la importancia de asegurar la dotación de recursos humanos y financieros suficientes a los organismos de igualdad. La escasez de recursos en algunas jurisdicciones ha repercutido negativamente en la capacidad de los organismos de igualdad para desempeñar sus mandatos[735]. En vista de esta preocupación, el Relator Especial ha recomendado que todos los Estados velen por que se otorguen a los organismos de igualdad "los mandatos y recursos adecuados, tanto humanos como financieros, para que puedan ejercer plenamente sus funciones"[736].

En el ámbito europeo se formulan orientaciones similares. En su recomendación de 2018, la Comisión Europea pide a los Estados que garanticen la dotación efectiva de recursos a los organismos de igualdad, observando que: "Los recursos solo pueden considerarse adecuados cuando permitan que los organismos para la igualdad desempeñen cada una de sus funciones en materia de igualdad con eficacia, en un tiempo razonable y dentro de los plazos establecidos por la legislación nacional"[737].

El párrafo 2 de la recomendación núm. 2 de política general de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia establece que los organismos de igualdad deben "tener las competencias, facultades y recursos necesarios para lograr un impacto real", tanto en lo que respecta al desempeño de funciones políticas como a la asistencia a las víctimas y la adopción de medidas para combatir la discriminación sistémica[738]. A continuación, propone varias medidas destinadas a garantizar que los organismos de igualdad dispongan de los recursos necesarios para ejecutar sus mandatos[739]. Entre ellas se incluyen la provisión de personal y fondos suficientes, el establecimiento de un presupuesto independiente y la introducción de controles legales para garantizar que este presupuesto quede protegido (incluso frente a cualquier posible reducción por el ejecutivo), esté supervisado y sea ampliado cuando sea necesario para atender las necesidades del organismo de igualdad[740].

3. Inclusión, participación y garantía de diversidad

Para ser eficaces, los organismos especializados en igualdad deben reflejar la diversidad de la sociedad e incluir a las personas y grupos en ella marginados. El derecho convencional internacional de los derechos humanos exige la inclusión de las minorías en las estructuras establecidas para vigilar su aplicación, así como un equilibrio de género adecuado[741]. La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas establece, en su artículo 2, que "las personas pertenecientes

---

731 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 m).

732 Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 15.

733 CCPR/C/MDA/CO/3, párr. 8.

734 E/C.12/BGR/CO/6, párr. 5.

735 Véase, por ejemplo, A/71/301, párr. 47.

736 *Ibid*., párr. 88.

737 Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, recomendación 1.2.2, párr. 1.

738 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 2.

739 *Ibid*., párr. 28.

740 *Ibid*. Véase también la Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, recomendación 1.2.2.

741 Por ejemplo, el artículo 18, párrafo 2, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone que, al establecer mecanismos nacionales de prevención de la tortura, los Estados tendrán "igualmente en cuenta el equilibrio de género y la adecuada representación de los grupos étnicos y minoritarios del país".

a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública"[742] y que "las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha articulado el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones de "los individuos y grupos de individuos que pertenezcan a alguna de las categorías afectadas por uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación"[743].

En sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia recomienda: "Los dirigentes, los órganos consultivos, los altos directivos y el personal de los organismos de promoción de la igualdad deberían, en la medida de lo posible, reflejar la diversidad de toda la sociedad y tener una composición equilibrada entre hombres y mujeres"[744]. De forma análoga, al presentar las solicitudes de acreditación como institución nacional de derechos humanos de la denominada categoría A, se espera que esas instituciones demuestren que su ley de fundación "requiere una composición diversa de miembros;... la representación de las mujeres; la representación de grupos étnicos o minoritarios (por ejemplo, indígenas, minorías religiosas, etc.); [y] la representación de grupos particulares (por ejemplo, personas con discapacidad, etc.)"[745]. Estas normas son directamente aplicables tanto a las instituciones nacionales de derechos humanos como a los organismos de igualdad[746].

Los organismos de igualdad deben recabar la participación directa de las personas y los grupos expuestos a la discriminación y trabajar con las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos, incluidos los que representan a las mujeres, los grupos minoritarios u otros grupos[747]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha planteado esta cuestión en sus orientaciones, señalando que los mecanismos independientes establecidos en virtud del artículo 33, párrafo 2, de la Convención deben asegurar "la plena implicación y participación de las personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan... en todos los ámbitos de su trabajo"[748]. Esa participación debe ser efectiva[749] y "genuina"[750], y tener lugar "en todas las etapas del proceso de supervisión"[751].

El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha destacado la importancia de "la colaboración y la asociación con organizaciones de la sociedad civil cuyo trabajo está relacionado con cuestiones de no discriminación e igualdad"[752]. Esas organizaciones desempeñan un papel crucial en la vigilancia, la elaboración de informes y la sensibilización sobre la discriminación, y pueden apoyar el desempeño de estas funciones por los organismos de igualdad[753]. En sus orientaciones, la Comisión Europea y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia también destacan la importancia de la participación de las organizaciones de la sociedad civil, junto con la colaboración de otras partes interesadas esenciales, incluidos los grupos discriminados, y las instituciones gubernamentales

---

742 Véase también la Declaración de Beirut y sus 18 compromisos sobre la fe para los derechos (A/HRC/40/58, anexos I y II), compromiso VI.

743 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 36.

744 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 38.

745 Plantilla de la Declaración de Conformidad con los Principios de París, secc. 3.1 (se ha omitido la nota a pie de página).

746 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015), párrs. 54 y 60 a).

747 Véase el debate sobre la importancia de la participación y la contribución, con respecto a las obligaciones relativas a la aplicación de los Estados, en la sección V.D de la segunda parte de la presente guía.

748 Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 20.

749 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 m).

750 Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 20.

751 *Ibid*.

752 A/71/301, párrs. 10 y 46.

753 *Ibid*., párr. 46.

pertinentes[754]. Corresponde a los organismos de igualdad establecer los mecanismos necesarios para facilitar la participación[755].

PARTICIPACIÓN DE LAS MINORÍAS EN LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD

Desde el decenio de 2000, el Defensor de la Igualdad de Suecia ha desempeñado un papel catalizador al liderar el debate público para avanzar en la comprensión de la discriminación histórica de los romaníes. Para ello ha recurrido a una serie de métodos, por ejemplo, el refuerzo de la recopilación de información, la creación de plataformas consultivas para incluir a los romaníes en la labor del Defensor de la Igualdad de modo que los líderes de la comunidad romaní puedan participar en la labor encaminada a combatir la discriminación contra los romaníes, así como la iniciación de acciones legales para impugnar casos de discriminación. En 2004, la entonces Oficina del Defensor del Pueblo contra la Discriminación Étnica subrayó que la discriminación contra los romaníes era grave y que no se era consciente de la responsabilidad histórica del Estado en gran parte de esta discriminación[756]. En un informe de 2011, el Defensor de la Igualdad observó: "La discriminación y el obstáculo estructural que el antigitanismo representa en un ámbito de la sociedad repercute en los derechos de otros ámbitos y, por tanto, tiene consecuencias para la sociedad en su conjunto. La discriminación de los romaníes en el mercado de la vivienda está condicionando las posibilidades de los niños romaníes de asistir de forma ininterrumpida a la escuela, lo que también repercute en sus posibilidades de recibir una educación en igualdad de condiciones. Esto, a su vez, afecta a sus posibilidades de acceder al mercado laboral"[757]. En 2014, estos esfuerzos a largo plazo dieron sus frutos con la publicación de un importante estudio gubernamental, en el que se reconocía la profunda y prolongada exclusión y discriminación de los romaníes en Suecia[758].

4. Acceso a los organismos de igualdad

Como se analiza con más detalle en las secciones I.C.1 y I.A.2 d) de la segunda parte de la presente guía, la accesibilidad es un elemento esencial de los derechos a la igualdad y a la no discriminación[759]. En su observación general núm. 2 (2014), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad destacó la función de los mecanismos independientes, incluidos los organismos de igualdad, para garantizar la adopción de normas de accesibilidad y supervisar su aplicación[760]. Además de esta función, es evidente que los propios organismos de igualdad deben ser accesibles[761]. En sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia formula varias recomendaciones a este respecto que siguen las orientaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adaptándolas a un enfoque específico en lo que se refiere a la accesibilidad de los organismos de igualdad. Entre esas recomendaciones se incluyen las relativas a: facilitar instalaciones accesibles, servicios en línea, telefónicos y de correo electrónico, y flexibilidad para adaptarse a las limitaciones de tiempo de quienes procuran acceder a los servicios del organismo; llevar a cabo iniciativas locales de sensibilización, y establecer oficinas locales y regionales para realizar la labor del organismo; estar presente en los grupos que experimentan discriminación e intolerancia en momentos clave, y crear vínculos sostenidos con ellos; dar la posibilidad de que las personas que se exponen a la discriminación y la intolerancia se dirijan al organismo de promoción de la igualdad e interactúen con él de una manera confidencial y en un idioma que dominen, tengan

---

754 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 37; y Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, recomendación 1.3

755 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 37.

756 Suecia, Ministerio de Cultura, *The Dark Unknown History: White Paper on Abuses and Rights Violations against Roma in the 20th Century* (Estocolmo, 2015), pág. 15

757 *Ibid*., pág. 16.

758 *Ibid*.

759 Véanse además las secciones I.C.1 y I.A.2 d) de la segunda parte de la presente guía.

760 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 2 (2014), párrs. 24, 33 y 48.

761 Véase, por ejemplo, Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 40; y Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, recomendación 1.2.3.

un contacto directo, y presenten denuncias oralmente, en línea o por escrito, con un mínimo de condiciones de admisibilidad; introducir ajustes en sus instalaciones, servicios, procedimientos y prácticas, a fin de tener en cuenta todas las formas de discapacidad; y utilizar un lenguaje fácil de leer en las publicaciones, en particular las que proporcionan información sobre los derechos y vías de recurso, y la traducción de publicaciones seleccionadas en todas las lenguas más utilizadas en el país; prever la gratuidad de las funciones y servicios del organismo de promoción de la igualdad para los demandantes y los demandados; y adoptar medidas para dar a conocer estas disposiciones sobre flexibilidad y ponerlas a disposición de las personas[762].

C. Mandatos, funciones y competencias de los organismos de igualdad

Si bien existe un amplio consenso sobre la necesidad de que los Estados establezcan organismos de igualdad especializados y de que se cumplan ciertos requisitos institucionales para salvaguardar su independencia y garantizar su eficacia, no hay un consenso claro a nivel internacional en cuanto a las funciones y competencias necesarias de esas instituciones.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha afirmado que el mandato de los organismos de igualdad debe definirse "de manera suficientemente amplia y adecuada de modo que englobe la promoción, la protección y la supervisión de todos los derechos consagrados en la Convención"[763]. El Comité ha indicado además que se deben encomendar y asignar a los órganos "una amplia gama de responsabilidades"[764]. En su examen de la cuestión, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado que los Estados establezcan instituciones con los siguientes fines:

a) Promover el respeto del disfrute de los derechos humanos, sin discriminación alguna…;

b) Examinar la política oficial...;

c) Vigilar la correspondencia de las leyes...;

d) Educar al público sobre las obligaciones contraídas por los Estados partes en virtud de la Convención;

e) Ayudar a los Gobiernos a preparar los informes presentados al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[765].

Ni el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ni el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han detallado las formas, las funciones, los mandatos o las responsabilidades de los organismos de igualdad, y es evidente que los Estados disponen de un amplio margen de discrecionalidad a este respecto. En sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia establece tres funciones principales que puede respaldar un organismo de igualdad: a) una función de promoción y prevención; b) una función de apoyo y litigación; y c) una función de toma de decisiones[766]. A continuación se analizan con más detalle estas funciones.

COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO E IGUALDAD DE KENYA

La Comisión Nacional de Género e Igualdad de Kenya es un organismo multidisciplinar para la igualdad creado en virtud de la Ley de la Comisión Nacional de Género e Igualdad de 2011.

El mandato de la Comisión se detalla en el artículo 8 de la Ley y conlleva funciones de promoción y prevención, así como de apoyo y litigación, como se indica seguidamente:

---

762 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 40.

763 Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 15.

764 *Ibid*.

765 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 17 (1993), párr. 1.

766 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 4. Véanse también A/71/301, párrs. 25 a 37; y Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, recomendación 1.1.2.

Las funciones de la Comisión serán:

a) **Promover la igualdad de género y la no discriminación, de conformidad con el artículo 27 de la Constitución;**

b) **Vigilar los principios de igualdad y no discriminación y facilitar su integración en todas las políticas, leyes y reglamentos administrativos nacionales y de condado de todas las instituciones públicas y privadas, y asesorar a estas al respecto;**

c) **Actuar como órgano principal del Estado para garantizar el cumplimiento de todos los tratados y convenciones ratificados por Kenya en materia de igualdad y no discriminación y en relación con los grupos de interés especial, como las minorías y las personas marginadas, las mujeres, las personas con discapacidad y los niños;**

d) **Coordinar y facilitar la integración de las cuestiones de género, las personas con discapacidad y otros grupos marginados en el desarrollo nacional y asesorar al Gobierno en todos los aspectos conexos;**

e) **Vigilar, facilitar y orientar la formulación de las políticas de aplicación de medidas de acción afirmativa previstas en la Constitución;**

f) **Investigar, por iniciativa propia o a partir de denuncias, los asuntos relativos a cualquier violación del principio de igualdad y no discriminación y formular recomendaciones para mejorar el funcionamiento de las instituciones pertinentes;**

g) **Trabajar con otras instituciones competentes en la elaboración de normas para la aplicación de políticas encaminadas al progresivo ejercicio de los derechos económicos y sociales reconocidos en el artículo 43 de la Constitución y otras leyes escritas;**

h) **Coordinar y asesorar programas de educación pública con miras a la creación de una cultura de respeto a los principios de igualdad y no discriminación;**

i) **Llevar a cabo y coordinar actividades de investigación sobre cuestiones relacionadas con la igualdad y la no discriminación, como se prevé en el artículo 27 de la Constitución;**

j) **Recibir y evaluar informes anuales sobre los progresos realizados por las instituciones públicas y otros sectores respecto del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales sobre la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación;**

k) **Colaborar con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Comisión de Justicia Administrativa y otras instituciones afines para asegurar la eficiencia, eficacia y complementariedad de sus actividades y establecer mecanismos de remisión y colaboración en la protección y promoción de los derechos relacionados con el principio de igualdad y no discriminación;**

l) **Preparar y presentar informes anuales al Parlamento sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones en virtud de esta Ley;**

m) **Realizar auditorías sobre la situación de los grupos de interés especial, incluidas las minorías, los grupos marginados, las personas con discapacidad, las mujeres, los jóvenes y los niños;**

n) **Crear, de conformidad con la legislación relativa a la protección de datos, bases de datos sobre cuestiones relacionadas con la igualdad y la no discriminación para los diferentes grupos de interés afectados y elaborar informes periódicos destinados a la presentación de informes nacionales, regionales e internacionales sobre los progresos hacia el logro de la igualdad y la no discriminación de estos grupos de interés;**

o) **Desempeñar las demás funciones que la Comisión considere necesarias para la promoción del principio de igualdad y no discriminación; y**

p) **Desempeñar las demás funciones que prescriban la Constitución y cualquier otra ley escrita.**

El artículo 9 de la Ley establece que la Comisión estará integrada por un presidente y otros cuatro miembros. Los requisitos para ser miembro de la Comisión y los procedimientos para el nombramiento, el mandato y la destitución de los miembros y del personal se establecen en los artículos 10 a 23.

Las competencias generales de la Comisión se establecen en el artículo 26 de la Ley, mientras que el artículo 27 confiere determinadas facultades judiciales a la Comisión para facilitar el cumplimiento de su mandato. En conjunto, estas disposiciones otorgan a la Comisión amplias facultades resolutorias y el derecho a emitir citaciones, exigir declaraciones bajo juramento, obtener informes, entrar en instalaciones (con autorización del tribunal), realizar entrevistas, llevar a cabo auditorías, celebrar audiencias y obligar a comparecer a particulares. Las facultades de investigación de la Comisión se detallan en el artículo 28 de la Ley e incluyen competencias para citar y obligar a comparecer a cualquier persona con el fin de someterla a un examen y para exigir que se presenten documentos o requisarlos.

La Comisión tiene una función decisoria (no vinculante). En virtud del artículo 32 de la Ley, las personas que hayan experimentado discriminación (o, en determinadas circunstancias, las personas que actúen con su consentimiento y en su nombre) pueden presentar denuncias oficiales. Ateniéndose a la limitación de jurisdicción expuesta en el artículo 30 y a las excepciones a la norma establecidas en el artículo 34, la Comisión investigará la denuncia y adoptará una de las medidas especificadas en el artículo 41. Esto incluye recomendar al denunciante una vía de recurso judicial y —en los casos que revelen una infracción del derecho penal— remitir el asunto al Fiscal General o a otra autoridad competente.

De conformidad con el artículo 29, párrafo 2, de la Ley, la Comisión debe resolver cualquier asunto que se le someta mediante conciliación, mediación o negociación. Cuando esto no dé lugar a una resolución del caso, la Comisión también podrá publicar un informe y formular recomendaciones a la persona, el organismo o la organización responsable del acto de discriminación. Los pormenores de este procedimiento figuran en el artículo 42 de la Ley. El informe de la Comisión debe contener las conclusiones de la investigación y las recomendaciones formuladas, incluidas las recomendaciones relativas a la adopción de medidas correctoras para hacer frente a los perjuicios causados. La Comisión podrá exigir al actor pertinente que elabore un informe en el que se detallen las medidas adoptadas para aplicar sus recomendaciones y, en caso de incumplimiento, podrá someter un informe al Parlamento.

1. Promoción y prevención

La promoción de la igualdad y la prevención de la discriminación conforman una función esencial y definitoria de todos los organismos de igualdad. En sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia destaca 15 competencias específicas que deben poseer los organismos de igualdad para desempeñar con eficacia esta función[767].

PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN

Según la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la función de promoción y prevención de los organismos de igualdad debe incluir competencias para:

a) **Promover y lograr la igualdad, prevenir y eliminar la discriminación y la intolerancia, y fomentar la diversidad y las buenas relaciones entre los diferentes grupos de la sociedad;**

b) **Entablar un diálogo continuo con los grupos que experimentan discriminación e intolerancia y con las organizaciones que los representan, así como con las organizaciones que se dedican más en general a las cuestiones de derechos humanos y de igualdad;**

c) **Emprender investigaciones por iniciativa propia sobre todos los asuntos que entran dentro de su mandato, luchando contra la discriminación tanto individual como estructural, y formulando y publicando recomendaciones;**

d) **Llevar a cabo y encomendar estudios sobre cualquier cuestión que entre en el ámbito de su mandato.**

[767] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 13.

e) Sensibilizar a la sociedad, y fomentar los conocimientos, la valoración y el respeto por la sociedad de la igualdad, la diversidad, la legislación sobre la igualdad de trato, la no discriminación y el entendimiento mutuo;

f) Aumentar los conocimientos, entre los grupos que experimentan discriminación e intolerancia, sobre los derechos y las vías de recurso establecidos en la legislación sobre la igualdad de trato, la capacidad para ejercer estos derechos y la confianza en los organismos de promoción de la igualdad;

g) Elaborar normas y proporcionar información, asesoramiento, orientación y apoyo a las personas e instituciones en los sectores público y privado sobre buenas prácticas para promover y lograr la igualdad y prevenir la discriminación y la intolerancia;

h) Promover y apoyar la utilización de la acción positiva para acabar con la desigualdad en los sectores público y privado;

i) Apoyar la imposición a todas las autoridades del deber general de promover la igualdad y de prevenir la discriminación en el desempeño de sus funciones..., y establecer normas para su puesta en práctica y, cuando sea apropiado, velar por su cumplimiento;

j) Tomar parte en los procedimientos de consulta para nuevas políticas y actos legislativos y ejecutivos; supervisar las políticas y los actos legislativos y ejecutivos existentes, y formular recomendaciones para la modificación o introducción de políticas y actos legislativos o ejecutivos;

k) Promover y contribuir a la formación de grupos fundamentales en relación con la igualdad y la no discriminación;

l) Supervisar la puesta en práctica de sus recomendaciones;

m) Realizar un seguimiento de las decisiones de los tribunales y de otros organismos de toma de decisiones;

n) Promover y apoyar la ratificación de tratados internacionales pertinentes, y la puesta en práctica y difusión de tales tratados y de las normas, la jurisprudencia y los informes pertinentes procedentes de las organizaciones intergubernamentales; tomar parte en los procedimientos de las organizaciones intergubernamentales pertinentes y conjuntamente con ellas, tener en cuenta sus recomendaciones y supervisar la puesta en práctica de dichas recomendaciones;

o) Cooperar con organizaciones que tienen objetivos similares a los del organismo de promoción de la igualdad y apoyar a dichas organizaciones. Desarrollar un entendimiento común de las cuestiones esenciales en relación con la igualdad, y concluir acuerdos de cooperación con tales organizaciones[768].

Como se expone en el capítulo V de la segunda parte y en el capítulo II de la sexta parte de la presente guía, muchas de estas competencias están directamente relacionadas con las obligaciones proactivas de los Estados en materia de igualdad y aplicación[769]. El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha destacado el papel crucial que los organismos de igualdad pueden desempeñar a este respecto: concienciación y sensibilización de los titulares de derechos[770]; y recopilación y publicación de datos y estadísticas de seguimiento, que puedan apoyar la formulación y aplicación de políticas y contribuir a poner de manifiesto patrones de discriminación de las que pueda inferirse la existencia de discriminación en casos concretos[771]. A fin de que los organismos de igualdad puedan cumplir con eficacia su mandato de promoción y prevención, es importante detectar y eliminar los

---

[768] *Ibid.*

[769] En particular, en relación con la formulación de políticas y estrategias de igualdad; la sensibilización, la educación y la capacitación en materia de igualdad; el seguimiento de la igualdad y la no discriminación; y la consulta.

[770] A/71/301, párrs. 30 a 34.

[771] *Ibid.*, párrs. 35 a 37.

obstáculos que dificultan la recopilación de datos, y difundir ampliamente entre los posibles usuarios tanto la existencia como la disponibilidad y la labor de los organismos de igualdad[772].

Para garantizar su eficacia, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia concluye que los organismos de igualdad deben "tener competencia para obtener pruebas e información"[773]. Esto debe incluir facultades para: a) "exigir la producción de archivos, documentos y otro material para su inspección, examen y la realización de copias"; b) "llevar a cabo inspecciones *in situ*"; c) "interrogar a las personas"; y d) "solicitar una resolución judicial ejecutable o imponer multas administrativas" en caso de incumplimiento[774]. En la medida en que los organismos de igualdad cumplan funciones de investigación, deben existir mecanismos que garanticen que las denuncias se investiguen con prontitud, imparcialidad e independencia[775].

2. Apoyo y litigación

Además de la promoción y la prevención, muchos organismos de igualdad también tienen una función de apoyo y litigación. En sus orientaciones, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia enumera seis competencias necesarias para apoyar esta función.

APOYO Y LITIGACIÓN

Según la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la función de apoyo y litigación de los organismos de igualdad debe incluir competencias para:

a) **Recibir denuncias y proporcionar apoyo personal, asesoramiento jurídico y asistencia a las personas expuestas a la discriminación o la intolerancia, con el fin de garantizar sus derechos ante las instituciones, los órganos judiciales y los tribunales;**

b) **Recurrir a procedimientos de conciliación, cuando proceda;**

c) **Representar, con su consentimiento, a las personas expuestas a la discriminación o la intolerancia ante las instituciones, los órganos judiciales y los tribunales;**

d) **Llevar casos de discriminación individual o estructural o de intolerancia en nombre del organismo de promoción de la igualdad ante las instituciones, los órganos judiciales y los tribunales;**

e) **Intervenir como *amicus curiae*, tercero o experto ante las instituciones, los órganos judiciales y los tribunales:**

f) **Supervisar la ejecución de las decisiones de las instituciones, los órganos judiciales y los tribunales que se ocupan de la igualdad, la discriminación y la intolerancia[776].**

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia afirma que los organismos de igualdad deben "tener el derecho a elegir, sobre la base de criterios publicados establecidos por ellos mismos, los casos que asumen de cara a la representación y la litigación estratégica"[777]. Además, los Estados deben "cerciorarse de que exista un sistema que permita que las personas expuestas a la discriminación o la intolerancia no deban pagar tasas judiciales y administrativas, o tasas de representación, especialmente en los casos de discriminación estructural y cuando sus casos sean asumidos de cara a la litigación estratégica"[778].

---

[772] *Ibid*., párrs. 12 y 48 a 52.

[773] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 21.

[774] *Ibid*.

[775] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 40.

[776] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 14.

[777] *Ibid*., párr. 15.

[778] *Ibid*., párr. 16.

3. Adopción de decisiones y cumplimiento

Si bien todos los organismos de igualdad desempeñarán una combinación de funciones de promoción, prevención, litigación y apoyo, en algunos países también se les han otorgado responsabilidades especiales de adopción de decisiones y control del cumplimiento. En general, los órganos decisorios pueden dividirse en dos categorías: los que emiten decisiones vinculantes y los que formulan recomendaciones (no vinculantes).

De conformidad con las orientaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, los organismos de la primera categoría deben estar facultados para hacer frente a la discriminación y evitar que se produzca en el futuro, entre otras cosas mediante la imposición de "sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias", incluidas multas e indemnizaciones[779]. Estos organismos deben estar en condiciones de "asegurar la ejecución y la puesta en práctica de sus decisiones", que deben publicarse y difundirse al público[780]. Las decisiones deben adoptarse sobre la base de la legislación nacional y deben seguir las normas procesales establecidas aplicables en los casos de discriminación, incluidas las normas que regulan el desplazamiento de la carga de la prueba[781].

Cuando se asigna a los organismos de igualdad este tipo de función de control del cumplimiento, se les exige que respeten las estrictas normas establecidas para esos organismos en virtud del derecho internacional, que se exponen en la sección III.A.1 a) de la segunda parte de la presente guía[782], y deben estar sujetos a la posibilidad de que se interponga un recurso ante los tribunales. Para evitar cualquier conflicto de intereses que pueda dar lugar a una denegación de justicia, si las funciones de control del cumplimiento de un organismo de igualdad se combinan con las competencias para investigar y litigar casos de discriminación, es importante que "cada función sea desempeñada por una unidad diferente o por personal diferente"[783]. Estas unidades deben ofrecer las garantías institucionales necesarias para ejecutar sus mandatos[784]. En particular, deben tener independencia funcional y estar dotadas de recursos humanos y financieros suficientes[785].

CASO INDIVIDUAL: UN EJEMPLO DE LA REPÚBLICA DE MOLDOVA

En sus casos individuales, los organismos de igualdad han desempeñado un papel decisivo al asegurar que las víctimas de discriminación puedan acceder al debido recurso judicial. También han sido fundamentales para poner fin a las prácticas discriminatorias sistemáticas. Por ejemplo, en su decisión de 9 de septiembre de 2014, el Consejo para Prevenir y Combatir la Discriminación y Garantizar la Igualdad de la República de Moldova se pronunció sobre la causa 110/2014, en la que se había denegado a una mujer la inscripción en un programa de readaptación profesional para aprender la especialidad de manicura y pedicura, alegando que su condición de persona con discapacidad le impedía realizar ese trabajo. Este planteamiento contraviene la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que la República de Moldova ha ratificado recientemente, y en particular la garantía de igualdad y no discriminación para las personas con discapacidad, también en el ámbito laboral. El Consejo dictaminó que el hecho de excluir a una persona de la formación profesional por motivos de discapacidad era discriminatorio. La decisión permitió que se comprendiera mejor el requisito legal de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y, por tanto, ha sido crucial para impulsar una reforma positiva a nivel nacional.

---

779 *Ibid*., párr. 17 c).

780 *Ibid*., párr. 17 d).

781 *Ibid*, párr. 17 a).

782 Véase la sección III.A.1 a) de la segunda parte de la presente guía.

783 Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 11.

784 *Ibid*. Véase más adelante la sección IV.B de esta parte.

785 *Ibid*. Véanse, en particular, las secciones IV.B.1 y IV.B.2.

Cuando las decisiones de los organismos de igualdad no son vinculantes por naturaleza, es importante en particular que las víctimas conserven una vía judicial para hacer valer sus derechos[786]. Los marcos jurídicos nacionales nunca deben excluir la posibilidad de que las personas presenten una demanda ante un tribunal, independientemente de la disponibilidad de un organismo de igualdad con facultades de adopción de decisiones[787]. Además, deben existir mecanismos para garantizar que el Gobierno y otros garantes de derechos pertinentes presten la debida consideración a las recomendaciones y las apliquen[788].

SEGUIMIENTO Y SUPERVISIÓN: EJEMPLOS DE DINAMARCA Y TAILANDIA

En cuanto al seguimiento y la supervisión de la aplicación de las medidas impuestas, los organismos de igualdad deben estar facultados para ordenar a los demandados que les informen sobre las medidas que hayan adoptado en un plazo determinado o, tras la emisión de una orden, estar facultados para vigilar y supervisar su cumplimiento. En caso de que una orden no se cumpla, los organismos de igualdad deben estar facultados para imponer una multa por incumplimiento. Por ejemplo, si no se cumplen las decisiones tomadas por el Consejo de Igualdad de Trato de Dinamarca, el Consejo, a petición y en nombre del demandante, debe llevar el asunto ante los tribunales civiles[789]. Algunos organismos de igualdad han sido dotados de facultades aún más estrictas para hacer frente al incumplimiento: en Tailandia, cualquier persona que viole las órdenes del Comité de Examen sobre la Discriminación de Género Injusta está sujeta a penas de prisión de seis meses como máximo, o a una multa de hasta 20.000 baht, o ambas.

D. Asegurar la eficacia de los organismos de igualdad

El establecimiento de organismos de igualdad es esencial para cumplir las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación[790]. De hecho, es difícil encontrar jurisdicciones que hayan realizado progresos importantes en el ejercicio de los derechos a la igualdad y a la no discriminación sin haber establecido una institución independiente, con recursos suficientes, que supervise la aplicación, proporcione conocimientos especializados y preste asistencia a las víctimas.

Se han establecido distintos modelos de organismo de igualdad en el plano nacional, que pueden ser más adecuados para unos contextos que para otros. Si bien los Estados gozan de cierta flexibilidad para determinar el mandato, las funciones y las competencias de las instituciones que establecen en virtud de la legislación nacional, los organismos de igualdad deben ser eficaces para promover la protección de los derechos a la igualdad y la no discriminación. Para ello es necesario que se cumplan todas las garantías institucionales de independencia, dotación de recursos suficientes, accesibilidad, reflexividad y participación. También requiere que el organismo cuente con el mandato y las facultades adecuadas.

De conformidad con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho internacional, la labor de los organismos de igualdad —ya sea de forma individual o colectiva— debe abarcar todos los motivos, formas y manifestaciones de discriminación, en todos los ámbitos de la vida regulados por la ley, incluidos los sectores público y privado[791]. En algunos países se han creado organismos con mandatos múltiples —en general, un defensor del pueblo o una institución nacional de derechos humanos— con un doble mandato en materia de igualdad y derechos humanos. Con el fin de velar por su eficacia, es importante que el mandato relativo a la

---

[786] Véase, en general, la sección III.A de la segunda parte de la presente guía.

[787] En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto" (se ha omitido la nota a pie de página). Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 9 (1998), párr. 9.

[788] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 36.

[789] Se prevén mecanismos similares en el caso del Defensor de los Derechos en Francia, el Tribunal Nacional de Igualdad y No Discriminación en Finlandia y el Defensor de la Igualdad en Suecia.

[790] Véase la sección I.B de la primera parte de la presente guía.

[791] Véase además la sección I.A de la segunda parte de la presente guía. Véase también Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 4. A este respecto, véase A/71/301, párrs. 6 y 8.

igualdad de esas instituciones esté bien definido y que se garanticen todos los requisitos institucionales antes expuestos[792]. También deben establecerse medidas para asegurar "una cooperación estrecha y adecuada" entre las diferentes entidades establecidas en virtud de la legislación nacional[793].

Los organismos de igualdad han demostrado ser extremadamente eficaces en la práctica cuando han contado con financiación suficiente, mandatos claros y garantías institucionales para asegurar su independencia. Los propios organismos de igualdad desempeñan una función importante al velar por el cumplimiento eficaz de sus mandatos, participando en la planificación estratégica, la fijación de metas y el establecimiento de indicadores y parámetros de referencia para supervisar los resultados de su labor y la consecución de sus objetivos[794]. Es importante que los Estados apoyen estos procesos y colaboren para garantizar la eficacia de sus instituciones. A este respecto, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha pedido a los Estados que identifiquen "los problemas a los que se enfrentan [los organismos de igualdad] y les proporcione[n] el apoyo necesario en la labor que realicen"[795].

[792] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párrs. 7 a 9.

[793] Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 14.

[794] Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "Recomendación núm. 2 de política general de la ECRI", párr. 33.

[795] A/71/301, párr. 12.

V. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN

RESUMEN

- **La evaluación del impacto sobre la igualdad es una herramienta esencial para aplicar y hacer efectivo el derecho a la no discriminación.**
- **La evaluación del impacto sobre la igualdad requiere una evaluación preventiva, consultiva y basada en datos de las leyes, políticas y decisiones para garantizar que no discriminan, ni directa ni indirectamente, y determinar la forma de atender y satisfacer las necesidades particulares de las personas y grupos discriminados.**
- **Para ser eficaz, la evaluación del impacto debe llevarse a cabo antes de introducir una política y realizarse en consulta con los miembros de cualquier comunidad potencialmente afectada en toda su diversidad. Los resultados de la evaluación deben hacerse públicos y dar lugar a cambios significativos de las políticas.**

Todos los tratados fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas exigen a los Estados que adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos que protegen, incluido el derecho a la no discriminación[796]. Los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por ejemplo, se comprometen a "seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar" la discriminación[797]. Así pues, junto con la eliminación de leyes y políticas discriminatorias y el establecimiento y aplicación de un marco jurídico protector, el derecho internacional exige la adopción de medidas proactivas para hacer efectivos los derechos a la igualdad y la no discriminación.

Las medidas de aplicación forman parte de un programa de acción amplio, que incluye las medidas de acción positiva, diseñado para eliminar la discriminación y lograr la igualdad en la práctica[798]. Como se ha comentado en otra parte de la presente guía, las medidas de aplicación pueden ser supervisadas por organismos independientes de igualdad y pueden materializarse mediante la imposición de obligaciones legales en materia de igualdad[799].

De la práctica y los comentarios de los órganos de tratados de derechos humanos se desprende un claro consenso sobre la existencia de obligaciones separadas en materia de aplicación, derivadas de la obligación general de garantizar la efectividad del derecho a la no discriminación y de avanzar hacia la igualdad. Como se establece en la sección I.B de la primera parte de la presente guía, los Estados tienen la obligación inmediata de derogar o modificar las leyes, políticas y prácticas que discriminen y de garantizar una protección completa y efectiva contra la discriminación[800]. Más allá de estas obligaciones, las obligaciones relativas a la aplicación de los Estados incluyen:

- La obligación de luchar contra los prejuicios y fomentar la celebración de la diversidad humana. Esta obligación, que debería codificarse en la legislación contra la discriminación pero que requiere una actividad mucho más amplia que la que puede realizarse únicamente mediante la ley, se analiza en la sexta parte de la presente guía.

---

796 Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4; y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.

797 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2.

798 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 36.

799 Véase la sección I.C.2 de la segunda parte de la presente guía.

800 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2, párr. 1 c); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1 b).

- La obligación de formular y aplicar políticas y estrategias de igualdad.
- La obligación de utilizar la evaluación del impacto sobre la igualdad.
- La obligación de supervisar la igualdad mediante la recopilación, el análisis y la publicación de datos desglosados.
- La obligación de consultar a los grupos afectados y asegurar que participen en todas las políticas, estrategias, actividades de seguimiento, investigaciones e iniciativas de acción positiva.

Cabe señalar que no es necesario —ni, de hecho, factible— aplicar plenamente todas estas medidas o incluirlas en una ley general contra la discriminación. Algunas medidas de aplicación requieren que los Estados adopten políticas o prácticas que no pueden detallarse en la legislación, mientras que otras conllevan medidas fiscales o económicas de naturaleza dinámica. Así, si bien el derecho internacional deja claro que los Estados deben garantizar la efectividad de los derechos a la igualdad y la no discriminación, la mayor parte de los principales instrumentos dejan la formulación de esas medidas a la discreción nacional[801].

No obstante, es importante que los Estados garanticen que su legislación contra la discriminación requiera la adopción de medidas de aplicación y proporcione el marco para su puesta en práctica.

A. Políticas y estrategias de igualdad

Todos los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asumen un compromiso general, a saber "se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones" una política encaminada a eliminar la discriminación[802]. Tal como aclara el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el compromiso relativo a la "política" se entiende aquí como la política del Estado en su sentido más amplio, que requiere la aprobación de "una amplia gama de medidas", que van desde la adopción de garantías constitucionales de no discriminación hasta la derogación de la legislación discriminatoria[803]. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer subraya que, como elemento esencial de este compromiso de política amplio y general, los Estados deben adoptar "planes de acción amplios... los cuales proporcionan un marco para la observancia práctica del principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, tanto en sus aspectos de fondo como de forma"[804].

Las declaraciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer reflejan el claro consenso internacional en el sentido de que los Estados deben formular, adoptar y aplicar políticas, planes de acción y estrategias en materia de igualdad y no discriminación. Se puede considerar que esta obligación abarca dos aspectos.

En primer lugar, los Estados deben adoptar estrategias específicas centradas en el logro de la igualdad y la no discriminación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que los Estados "deben asegurarse de que existan, y se apliquen, planes de acción, políticas y estrategias para combatir la discriminación formal y sustantiva..., tanto en el sector público como en el privado"[805]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha reconocido, como ya se ha señalado, que los Estados

---

[801] Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 23: "Esta obligación de utilizar medios o adoptar una determinada conducta da una gran flexibilidad para que el Estado parte formule una política que se adecue a su marco jurídico, político, económico, administrativo e institucional particular y pueda hacer frente a los obstáculos y las resistencias concretas que existan en el Estado parte respecto de la eliminación de la discriminación contra la mujer".

[802] Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2, párr. 1; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2. El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece las obligaciones generales que esta impone a los Estados, entre ellas, la adopción de "todas las medidas pertinentes" y la obligación específica de "tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad".

[803] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 24.

[804] *Ibid.*

[805] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 38.

deben adoptar planes de acción integrales para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres[806]. Asimismo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha destacado que la plena aplicación del derecho a la no discriminación requiere formular "en estrecha consulta con las organizaciones de personas con discapacidad... y otros interesados pertinentes... una política y una estrategia de igualdad que sean accesibles e incluyan a todas las personas con discapacidad"[807].

En segundo lugar, los Estados deben integrar la planificación de la igualdad y la no discriminación en sus programas más amplios de formulación de políticas. Por ejemplo, además de exigir la adopción de políticas específicas en materia de igualdad y no discriminación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó a los Estados que "las políticas económicas, como las asignaciones presupuestarias y las medidas destinadas a estimular el crecimiento económico", se elaboraran de forma que garantizaran el goce efectivo de los derechos sin discriminación[808]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que los Estados deben garantizar que las medidas destinadas a eliminar la discriminación estén vinculadas "a los procesos generales de presupuestación gubernamentales con el fin de garantizar que todos los aspectos de la política estén adecuadamente financiados"[809]. De conformidad con el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados deben tener en cuenta "en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad"[810].

Aunque los Estados partes disponen de "una gran flexibilidad" en la formulación de políticas[811], el Estado debe "ser capaz de justificar la pertinencia del medio particular que haya elegido y demostrar que puede lograr el efecto y el resultado deseado"[812]. Por lo tanto, es necesario garantizar la eficacia de las medidas, y el proceso de elaboración de planes y estrategias de igualdad y su aplicación debe ser consultivo y participativo[813].

B. Evaluación del impacto sobre la igualdad

Aunque no la exijan explícitamente los instrumentos internacionales de derechos humanos, la evaluación del impacto sobre la igualdad se considera cada vez más como una herramienta esencial en la eliminación de la discriminación[814] y, por tanto, como un medio necesario para que los Estados cumplan las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional. La evaluación del impacto sobre la igualdad requiere una evaluación preventiva, consultiva y basada en datos de las leyes, políticas y decisiones con el fin de garantizar que no discriminan, ni directa ni indirectamente, y determinar la forma de atender y satisfacer las necesidades particulares de las personas y grupos discriminados. Así pues, la obligación de llevar a cabo evaluaciones del impacto sobre la igualdad forma parte de la obligación de los Estados de respetar el derecho a la no discriminación absteniéndose de discriminar en la legislación, las políticas y la práctica. En la práctica, sin embargo, la evaluación del impacto sobre la igualdad también puede tener una gama más amplia de efectos positivos, al permitir que los Estados definan y adopten respuestas de política que permitan eliminar los obstáculos estructurales a la participación en condiciones de igualdad y promover la igualdad de forma más amplia.

El recurso a la evaluación del impacto en los derechos humanos ha aumentado en los últimos años y los órganos de derechos humanos han recomendado su utilización en diversos ámbitos, como el medio ambiente, las empresas[815], los derechos de los Pueblos Indígenas[816] y los derechos del niño[817]. En un informe reciente,

---

806 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 24.

807 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 j).

808 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 38.

809 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 28.

810 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1 c).

811 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 23.

812 *Ibid*.

813 *Ibid*., párrs. 27 y 28; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 3; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 73 j).

814 Véanse, por ejemplo, A/HRC/44/57, párr. 56; y A/75/258, párr. 89.

815 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017), párr. 13.

816 *Ibid*., párr. 17.

817 Véanse, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 5 (2003), párr. 45; y observación general núm. 14 (2013), párr. 99.

el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia identificó el uso específico de la evaluación del impacto sobre la igualdad como una "condición *sine qua non*" para el diseño de tecnologías digitales[818]. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye, en su artículo 4, el requisito de que los Estados partes tengan en cuenta "en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad"[819]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que, a fin de cumplir las obligaciones contraídas en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados deben "evaluar de inmediato la situación *de iure* y *de facto* de la mujer y adoptar medidas concretas para formular y aplicar una política" para eliminar la discriminción[820]. En su observación general núm. 20 (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona reiteradamente la obligación de los Estados de velar por que las políticas económicas y de otro tipo no den lugar a una denegación o limitación discriminatoria de los derechos económicos, sociales o culturales una obligación que conlleva claramente algún elemento de evaluación[821], una obligación que conlleva claramente algún elemento de evaluación.

De hecho, el debate del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las obligaciones de no discriminación ilustra tanto la utilidad como la necesidad de la evaluación del impacto sobre la igualdad. El Comité ha observado que existe una "fuerte presunción" contra la adopción de "medidas regresivas"[822] en el Pacto y ha afirmado que, cuando se prevén tales medidas, el Estado parte "tiene la carga de probar su necesidad"[823]. Las medidas regresivas no deben afectar "de forma desproporcionada a personas y grupos desfavorecidos y marginados" ni aplicarse "de otra forma con carácter discriminatorio"[824].

Los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y los titulares de mandatos de los procedimientos especiales han proporcionado orientaciones para garantizar la correcta aplicación y puesta en práctica efectiva de la evaluación del impacto sobre la igualdad. En primer lugar, la evaluación del impacto debe tratar de evaluar (y eliminar) cualquier impacto discriminatorio de una política sobre los miembros de un grupo protegido[825]. Cuando se detecten impactos discriminatorios, las políticas deben adaptarse para atender las necesidades de esos grupos y no deben agravar las desigualdades. En segundo lugar, para garantizar su eficacia, esa evaluación debería ser obligatoria, en lugar de opcional[826]. En tercer lugar, en consonancia con el reconocimiento de que el derecho a la no discriminación da lugar a "una obligación inmediata y de alcance general" para los Estados[827], la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto sobre la igualdad es una obligación *ex ante*, lo que significa que la evaluación debe llevarse a cabo antes de que se adopten las políticas[828]. Sin embargo, sigue siendo importante que la evaluación del impacto sobre la igualdad se integre también en la aplicación y el seguimiento de las políticas a fin de evitar impactos discriminatorios imprevistos o emergentes y de garantizar que las medidas proactivas estén funcionando según lo previsto. En tercer lugar, la evaluación debe realizarse en consulta con los miembros de los grupos a los que pueda aplicarse la política[829]. Los resultados deben hacerse públicos y dar lugar a cambios significativos en las propuestas de políticas[830].

---

818 A/HRC/44/57, párr. 56.

819 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4, párr. 1 c).

820 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 24.

821 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 38.

822 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 25 (2020), párr. 24.

823 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), párr. 38.

824 *Ibid*.

825 Véase, por ejemplo, A/HRC/41/54/Add.2, párr. 15.

826 *Ibid*., párrs. 15 y 74 c). Véase también A/HRC/44/57, párr. 56.

827 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 7; y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 12. Véase también A/HRC/26/29, párr. 19.

828 Véase, por ejemplo, A/75/258, párr. 89 c). Véase también Comité de los Derechos del Niño, que ha establecido una distinción entre las evaluaciones del impacto en los derechos del niño y la evaluación de los efectos sobre los derechos del niño. Sin embargo, la primera es una obligación *ex ante* (es decir, se exige antes de adoptar cualquier política), mientras que la segunda es una obligación *ex post* (es decir, se aplica una vez adoptada la política, para evaluar sus efectos). Véase Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 5 (2003), párr. 45; y observación general núm. 14 (2013), párr. 99.

829 A/HRC/44/57, párr. 56; y A/75/258, párr. 89.

830 A/HRC/41/54/Add.2, párr. 34.

LA LEGISLACIÓN EN LA PRÁCTICA: LA OBLIGACIÓN DE IGUALDAD EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO SOBRE LA IGUALDAD EN EL REINO UNIDO

La obligación de igualdad en el sector público se incorporó a la Ley de Igualdad de 2010, que reunió, armonizó y amplió la protección otorgada en virtud de algunos instrumentos anteriores específicos relativos a la igualdad. En el marco de esta obligación la reflexión sobre la igualdad debe integrarse en la toma de decisiones públicas, exigiendo a las autoridades públicas que tengan "debidamente en cuenta" la necesidad de eliminar la discriminación, promover la igualdad de oportunidades y fomentar las buenas relaciones entre los grupos discriminados y otros grupos de la sociedad.

Concretamente, el artículo 149, párrafo 1, de la Ley establece lo siguiente:

1) **En el ejercicio de sus funciones, una autoridad pública debe tener debidamente en cuenta la necesidad de:**
   a) **Climinar la discriminación, el acoso, la victimización y cualquier otra conducta prohibida por esta ley o en virtud de ella;**
   b) **Promover la igualdad de oportunidades entre las personas que comparten una característica protegida pertinente y las que no la comparten;**
   c) **Fomentar las buenas relaciones entre las personas que comparten una característica protegida pertinente y las que no la comparten.**

La expresión "debidamente en cuenta" se explica en el artículo 149, párrafo 3, de la Ley, en el sentido de que exige que las autoridades públicas tengan debidamente en cuenta la necesidad de eliminar o reducir al mínimo las desventajas que experimentan las personas pertenecientes a un grupo protegido, tomen medidas para atender las necesidades de esas personas y alienten a las personas que comparten una característica protegida pertinente a que participen en la vida pública o en cualquier otra actividad en la que la participación de esas personas sea desproporcionadamente escasa. En virtud del artículo 149, párrafo 5, las autoridades públicas deben tener debidamente en cuenta la necesidad de combatir los prejuicios y promover la comprensión. El artículo 149, párrafo 6, reconoce explícitamente que el cumplimiento de la obligación puede requerir que se trate a algunas personas de forma más favorable que a otras, permitiendo así la adopción de medidas de acción positiva (siempre que esas medidas sean compatibles con otras partes de la Ley).

Los tribunales han aclarado el significado de la expresión "debidamente en cuenta". En la causa *R (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions*[831], el magistrado Aikens dictó los denominados Principios Brown, que establecen seis criterios fundamentales para el cumplimiento de la obligación de igualdad en el sector público, a saber: a) las autoridades públicas deben ser conscientes de su obligación de tener "debidamente en cuenta" los objetivos fijados; b) la obligación debe cumplirse antes y en el momento de examinar una política concreta que pueda afectar a un grupo protegido; c) la obligación debe ejercerse en cuanto al fondo, con rigor y con amplitud de miras; d) la obligación no puede delegarse; e) la obligación es permanente; y f) las autoridades públicas deben mantener registros adecuados que demuestren que han tenido en cuenta sus obligaciones en materia de igualdad y han reflexionado sobre las cuestiones pertinentes[832].

Para demostrar el cumplimiento de la obligación de igualdad en el sector público e instrumentalizar los planteamientos, muchas autoridades públicas llevan a cabo evaluaciones del impacto sobre la igualdad. Si bien esto no es obligatorio en Inglaterra (a diferencia de Gales y Escocia), como ya se ha comentado, sí que se requiere en la práctica.

---

831 *R (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2008] EWHC 3158 (Admin).

832 *Ibid*., párrs. 90 a 92 y 94 a 96.

C. Seguimiento y datos

Los Estados partes están obligados a hacer el seguimiento de la aplicación y eficacia de sus medidas para eliminar la discriminación. Los órganos de tratados, en su colaboración con los Estados a través del proceso de presentación de informes periódicos, subrayan de forma reiterada y sistemática la necesidad de reunir y comunicar datos desglosados sobre la participación de los grupos expuestos a la discriminación en diferentes ámbitos de la vida[833]. En su recomendación general núm. 24 (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial afirmó: "es indispensable que [los Estados partes] proporcionen al Comité la mayor cantidad de información posible sobre la presencia de [diferentes] grupos en sus territorios"[834]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirmó de manera similar que los Estados deben "crear y mejorar constantemente sus bases de datos estadísticos y profundizar el análisis de todas las formas de discriminación contra las mujeres... y, en particular, contra las mujeres de determinados grupos vulnerables"[835].

Además de esta obligación internacional de presentar informes, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha subrayado la necesidad del seguimiento y la recopilación de datos para asegurar la aplicación efectiva de las leyes contra la discriminación a nivel nacional, señalando que los Estados deben "establecer metas, indicadores y plazos" y "mecanismos para reunir datos pertinentes desglosados por sexo, permitir el seguimiento efectivo, facilitar la evaluación permanente y posibilitar la revisión o complementación de las medidas vigentes y la determinación de toda nueva medida"[836]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha especificado que, tras haber adoptado "medidas concretas, deliberadas y específicas" para eliminar la discriminación, los Estados "deben evaluar periódicamente si las medidas escogidas son efectivas en la práctica", observando que "como parte de la supervisión deben evaluarse las medidas adoptadas y los resultados obtenidos en lo que respecta a la eliminación de la discriminación"[837].

En virtud del artículo 31 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se establece la obligación explícita de recopilar datos, los Estados se comprometen a recopilar "información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas a fin de dar efecto a la... Convención". A continuación, se establece que esta información debe desglosarse y debe utilizarse como "ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados partes de sus obligaciones conforme a la... Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos". En su recomendación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad proporcionó orientaciones para cumplir esta obligación, observando que los datos "deben desglosarse por discapacidad y categoría interseccional" y "aportar información sobre todas las formas de discriminación". El Comité señaló que los datos que se recopilaran debían ser "amplios" y que el diseño, la recopilación y el análisis de los datos debían ser participativos[838]. A un nivel más práctico, el ACNUDH, en colaboración con varios Estados, expertos, entidades de las Naciones Unidas, agentes del desarrollo y organizaciones no gubernamentales, y con el apoyo de la Unión Europea, ha elaborado el proyecto Reducir las Diferencias, que ha establecido un conjunto de indicadores para medir la aplicación de la Convención[839].

Los datos recopilados deben hacerse públicos en formatos fácilmente accesibles al público en general para fundar tanto la elaboración de políticas como los debates más amplios sobre igualdad, no discriminación, otros

---

833 Véase, por ejemplo, CCPR/C/BEL/CO/6, párr. 16 c); E/C.12/FRA/CO/4, párr. 17; CEDAW/C/BGR/CO/8, párr. 46; CERD/C/KHM/CO/14-17, párr. 6; y CRPD/C/IRQ/CO/1, párr. 60 c).

834 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 24 (1999), párr. 1.

835 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 10.

836 *Ibid*., párr. 28.

837 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párrs. 36 y 41.

838 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 71.

839 Véase ACNUDH, "Human rights indicators on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities" y "Data sources guidance" en *Promoting the Rights of Persons with Disabilities through the Sustainable Development Goals: A Resource Package* (versión anticipada, 2021, disponible en www.ohchr.org/en/disabilities/sdg-crpd-resource-package; próxima publicación en 2024).

derechos humanos y la eficacia de las medidas para respetar, proteger y hacer efectivos estos derechos[840]. Sin embargo, la publicación de datos no debe aumentar la estigmatización ni suponer riesgos para las personas[841].

D. Consulta, implicación y participación

Todos los órganos de tratados que se han ocupado de las obligaciones que incumben a los Estados de hacer efectivo el derecho a la no discriminación han destacado la importancia de la consulta, la implicación y la participación.

La obligación de garantizar la participación en igualdad de condiciones está directamente relacionada con el empoderamiento de los titulares de derechos. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 2, párrafo 1 e), por ejemplo, obliga a los Estados partes a "estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial". El artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer exige de forma similar a los Estados que adopten "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a... participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país". En sus observaciones generales, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expuesto detalladamente la igualdad de participación como cuestión transversal de la Convención pertinente[842]. El Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad ha afirmado que: "la participación activa de las personas con discapacidad en la adopción de decisiones es uno de los requisitos del modelo" de la discapacidad basado en los derechos humanos[843].

Esta obligación de consultar e implicar a las personas expuestas a la discriminación es aplicable a la formulación de todas las leyes y políticas relativas a la discriminación. Por ejemplo, en sus observaciones sobre la selección de medidas para eliminar la discriminación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "los individuos y grupos de individuos que pertenezcan a alguna de las categorías afectadas por uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación deben poder participar en los procesos de toma de decisiones"[844]. Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado que los Estados aseguren "que la mujer pueda participar en forma activa en la formulación, la aplicación y el seguimiento" de su política general para eliminar la discriminación, señalando además que "deben asignarse recursos a fin de asegurarse de que las organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos y la condición de la mujer estén debidamente informadas, se las consulte como corresponde y en general

---

840 "Se deben desarrollar capacidades y acciones conjuntas para que los Estados puedan cumplir con su obligación de recopilar y publicar datos desglosados por motivos de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos.... Cuando sea posible, los datos deben publicarse en un formato que permita la identificación y el análisis de las múltiples formas interrelacionadas de disparidad y discriminación. Las personas pueden experimentar la discriminación y la desigualdad en diversas dimensiones de forma simultánea (por ejemplo, en materia de género y discapacidad). El análisis de los datos a nivel de subgrupo permite comprender la existencia de desigualdades múltiples e interrelacionadas entre sí. Los indicadores cualitativos y la información sobre el contexto, comprendida la situación jurídica, institucional o cultural de las poblaciones afectadas, también resultan esenciales para reforzar la comprensión y la contextualización de los datos recopilados en el marco de un [enfoque de los datos basado en los derechos humanos]". Véase ACNUDH, "Enfoque de datos basados en derechos humanos: que nadie se quede atrás en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" (Ginebra, 2018), págs. 7 y 8. Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData_SP.pdf.

841 "En algunos casos puede ser necesario, por razones logísticas, políticas o de otra índole, el uso de características demográficas para identificar a una población específica. Es el caso, por ejemplo, cuando determinada minoría étnica no está reconocida por el Estado, pero se sabe que vive exclusivamente en una sola región. En situaciones como esta, se considera que la información relativa al lugar de residencia de la persona revela, *ipso facto*, su condición étnica. Cuando los datos se emplean de este modo, para identificar a grupos específicos, las personas encargadas de la recopilación deben velar por que su manejo y publicación de las estadísticas no reflejen una autoidentificación, cuando en realidad las personas entrevistadas no han transmitido información personal sobre su identidad étnica. Los datos deben recibir una descripción precisa para dejar claro que los parámetros establecidos para un grupo específico se ajustan a su lugar de residencia, como en este ejemplo, y no responden a una autoidentificación efectuada por miembros del grupo.... Los datos no deben publicarse ni ser accesibles al público en una forma que permita la identificación de los sujetos entrevistados, ni directa o indirectamente. El acceso a la información debe equilibrarse con los derechos a la vida privada y la protección de los datos". *Ibid*, págs. 13 a 19, en págs. 13 y 16.

842 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 7 (2018).

843 A/HRC/43/41, párr. 46.

844 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 36.

puedan desempeñar una función activa en la formulación inicial y posterior desarrollo de esa política"[845]. Estos requisitos reflejan principios de larga data del derecho internacional de los derechos humanos, como se expresa, por ejemplo, en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, cuyo artículo 2 establece que "las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional".

Como en otros ámbitos, tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como su correspondiente Comité articulan las mejores prácticas actuales, reflejando el enfoque global de la Convención de garantizar la plena participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. El artículo 4, párrafo 3, de la Convención establece que los Estados celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de legislación y políticas, mientras que el artículo 33, párrafo 3, dispone que las personas con discapacidad estarán integradas y participarán en el seguimiento de la aplicación de la Convención. Como se ha comentado anteriormente, el Comité ha observado de forma expresa que tanto la formulación de políticas y estrategias como el seguimiento y la aplicación de la Convención deben llevarse a cabo con la participación de las personas con discapacidad. El Comité también ha señalado la especial importancia de celebrar consultas estrechas con las organizaciones de la sociedad civil y de contar con su participación activa, prestando especial atención a asegurar la representación de la "enorme diversidad de la sociedad" y a la necesidad de hacer frente a la discriminación interseccional[846].

---

[845] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 27.

[846] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 33.

TERCERA **PARTE:**

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

RESUMEN

- El goce de los derechos de las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas requiere la protección y el ejercicio efectivos del derecho a la no discriminación. Por lo tanto, para que los Estados cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos de las minorías, es esencial promulgar y aplicar legislación general contra la discriminación.
- La prohibición de la discriminación es inherente a los derechos de las minorías. Los Estados deben velar por que se hagan efectivos todos los aspectos del derecho a la no discriminación en sus iniciativas para garantizar los derechos de las minorías. Esto incluye velar por que las leyes, políticas y prácticas no discriminen directa ni indirectamente a las personas pertenecientes a comunidades minoritarias que disfrutan de su cultura, profesan o practican su religión o utilizan su idioma. También incluye asegurar que las medidas para respetar y garantizar el disfrute comunitario de la cultura, la práctica de la religión y el uso del idioma no den lugar a discriminación por motivos de género, sexo, orientación sexual u otros motivos.
- Los derechos de las minorías a la no discriminación y a la igualdad no pueden ejercerse plenamente sin dar efectividad y llevar a la práctica una amplia gama de garantías de esos derechos. Entre ellas figuran el reconocimiento, la participación genuina y la consulta en todos los asuntos importantes para la comunidad.
- Los Pueblos Indígenas gozan de derechos explícitos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos que van más allá de los establecidos como requisitos básicos para las minorías.

I. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Una ley general contra la discriminación es un elemento central y esencial para hacer efectivos los derechos humanos de las minorías. La promulgación y aplicación de tales leyes es una condición necesaria, aunque no suficiente, para el disfrute de los derechos de las minorías; existen aspectos específicos de los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas que van más allá del ámbito y de los requisitos de una ley contra la discriminación; además, las leyes generales contra la discriminación ofrecen protección a todas las personas, no solo a las que pertenecen a comunidades minoritarias. No obstante, se reconoce ampliamente que sin disponer de leyes que proporcionen una protección general y eficaz contra la discriminación no es posible hacer efectivos los derechos de las minorías.

En su resolución más reciente sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, el Consejo de Derechos Humanos destacó el vínculo entre los derechos de las minorías y el derecho a la no discriminación, poniendo de relieve, entre otras cosas:

> **la necesidad de redoblar esfuerzos para alcanzar el objetivo de hacer plenamente efectivos los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, en particular abordando sus condiciones económicas y sociales y la marginación de que son objeto, y para acabar con todo tipo de discriminación contra esas personas,**
>
> **…**
>
> **… la importancia de reconocer y combatir las formas múltiples, agravadas e interseccionales de discriminación contra las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y sus efectos adversos añadidos en el disfrute de sus derechos**[847]**.**

En diversos contextos y ámbitos de la vida, los órganos de tratados, incluidos el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité sobre los Derechos de

[847] Resolución 43/8 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo.

las Personas con Discapacidad, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, han exhortado a los Estados a que garanticen a las minorías el pleno ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto y la Convención sin discriminación alguna[848]. Los convenios de la OIT también reconocen la necesidad de abordar la discriminación y los estereotipos contra las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas[849]. En su intervención en el 43er período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Gobierno de Austria —patrocinador del mandato sobre cuestiones de las minorías del Consejo de Derechos Humanos— destacó que la prohibición de la discriminación era esencial para la protección de las minorías.

La discriminación por motivos de origen étnico, religión e idioma está prohibida en ambos Pactos y en otras disposiciones del derecho internacional y, sin embargo, los patrones de discriminación por estos motivos persisten en la actualidad y con frecuencia las víctimas pertenecen a minorías. Así pues, para garantizar el disfrute de los derechos humanos en condiciones de igualdad por las minorías es preciso disponer de una protección efectiva frente a la discriminación.

La mayor parte de cuestiones de discriminación a las que se enfrentan las minorías no serán diferentes de las relativas a la discriminación por cualquier otro motivo. Por ejemplo, en casos de discriminación directa, cuando un empleador no contrata a determinadas personas por razón de su etnia o religión, es poco probable que las medidas, consideraciones o cuestiones jurídicas en esos casos sean diferentes respecto de los casos relativos a la discriminación sexual, la orientación sexual o cualquier otro motivo protegido. Así, la ley contra la discriminación se ha aplicado en numerosas ocasiones a la protección de las minorías en relación con casos de discriminación en el acceso al empleo, la educación, la atención de la salud, los bienes y servicios y otros ámbitos de la vida regulados por la ley, en causas que son similares a las presentadas por otros motivos.

Por ello, el legado global de más de un siglo de litigios contra la discriminación por motivos de etnia ha dado lugar a un extenso cuerpo de jurisprudencia, cuyo resumen excede el alcance de la presente guía, pero que se ha desarrollado principalmente en sectores como la educación, el empleo, la atención de la salud, la vivienda, la asistencia social y la seguridad social; el acceso a servicios disponibles para el público, como transporte público, servicios de taxi, restaurantes, clubes, discotecas, museos, bibliotecas y piscinas; los derechos políticos, por ejemplo, el derecho a votar y a ocupar cargos públicos; y la prohibición de la discriminación en el sistema judicial, también en lo relativo a la actuación de la policía y otros servicios de seguridad, y a la exigencia de realizar investigaciones eficaces y descubrir los prejuicios y animosidades en los delitos. En efecto, una ley contra la discriminación aplicada en este ámbito sigue en gran parte el perfil general de los derechos reconocidos en el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, como se expone en las secciones anteriores.

Dicho esto, como ha establecido el Comité de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece una distinción entre las protecciones de los derechos de las minorías garantizadas por el artículo 27 y las garantías de no discriminación e igual protección previstas en el artículo 2, párrafo 1, y en el artículo 26 del Pacto[850]. El artículo 27 dispone que:

> **En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.**

Como observa el Comité de Derechos Humanos: "Según los términos del artículo 27, las personas sujetas a protección son las pertenecientes a un grupo de minoría y que comparten en común una cultura, una religión

---

848 Por ejemplo, en su observación general núm. 21 (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aborda los derechos particulares de las minorías a la vida cultural, que deben concederse a todos sin discriminación. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 21 (2009), párrs. 21 a 24, 32 y 33. Véanse también CEDAW/C/DNK/CO/8, párr. 34; CERD/C/ISR/CO/17-19, párr. 35; CRPD/C/NOR/CO/1, párr. 7; CAT/C/SWE/CO/6-7, párr. 15; CRC/C/AUT/CO/5-6, párr. 17; y CMW/C/LBY/CO/1, párr. 29.

849 En particular —aunque no exclusivamente— sobre la base de las disposiciones del Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100), del Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111) y del Convenio sobre la Política del Empleo, 1964 (núm. 122). Véase la resolución 74/165 de la Asamblea General. Véase también OIT, "ILO normative work concerning ethnic, linguistic and religious minorities", en los archivos del ACNUDH.

850 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 4.

y un idioma"[851]. Si bien todas las personas tienen derecho a la no discriminación, el artículo 27 establece un derecho "separado, que se suma"[852] a este derecho y, de hecho, a todos los demás. El artículo 27 crea derechos específicos de práctica comunitaria que complementan los derechos previstos en los artículos 2, párrafo 1, y 26, aunque son distintos.

Los derechos reconocidos en el artículo 27 se desarrollan en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992. En la Declaración, la Asamblea General reafirma, entre otras cosas, que: "Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas... tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo"[853]. Afirma, además, los derechos de las minorías "a participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública"; "a participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan"; y "a establecer y mantener sus propias asociaciones"; así como otras garantías, especialmente en un contexto transfronterizo[854].

Aunque estos derechos son distintos del derecho a la no discriminación, su efectividad depende, sin embargo, de una protección general y efectiva contra la discriminación. Los Estados deben garantizar que las leyes, políticas y prácticas no discriminen, directa ni indirectamente, a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas que ejercen su cultura; transmiten, honran y conmemoran públicamente su historia; profesan su religión o sus creencias en comunidad con otras personas; o utilizan su idioma en comunidad con otras personas. Del mismo modo, los Estados deben garantizar una protección efectiva contra la discriminación por actores privados que interfiera en el ejercicio y disfrute de estos derechos[855].

Dicho esto, la efectividad de los derechos de las minorías puede, en la práctica, entrar en tensión con el derecho a la no discriminación de personas pertenecientes o no a la comunidad minoritaria. En diversos países y contextos, los legisladores se han esforzado por equilibrar de forma adecuada los derechos de las minorías y las garantías conexas, por un lado, con el derecho a la no discriminación, por otro. Una de estas esferas se refiere a las obligaciones de los Estados de eliminar la discriminación de género y hacer efectivos los derechos de las comunidades minoritarias. También se han planteado otras cuestiones jurídicas, como los intentos de justificar la discriminación haciendo referencia a las creencias religiosas o culturales de la parte discriminadora. Algunas de estas cuestiones se han expresado como las posibilidades contrapuestas de que disponen los Estados con respecto a las demandas de ser incluidos, frente a las solicitudes de "exclusión" de los sistemas inclusivos[856]. Los órganos de tratados de las Naciones Unidas han reconocido sistemáticamente que las medidas adoptadas para dar efectividad a los derechos de las minorías no pueden dar lugar a discriminación contra las mujeres o las niñas, o por otros motivos[857]. Aun así, persisten algunas tensiones genuinas. Por ejemplo, como se observa más adelante, el significado de la igualdad de acceso a la educación en un contexto de lengua minoritaria no está totalmente resuelto.

Una cuestión fundamental es determinar quién está protegido en estos dos regímenes jurídicos cercanos. Los derechos de las minorías —armonizados con otros aspectos del derecho internacional de los derechos humanos— garantizan el derecho de una persona a la autoidentificación y a la libre determinación. Una ley contra la discriminación, en cambio, no se pronuncia respecto de la identidad de la persona afectada, como se ha puesto de manifiesto anteriormente en la sección sobre la discriminación basada en la asociación y la percepción. Para ilustrar este punto: el primer caso juzgado en virtud de las disposiciones reforzadas sobre delitos de odio de 1996 en Hungría se refería a unos neonazis que golpearon a un hombre que se presentó ante

---

851 *Ibid*., párr. 5.1.

852 *Ibid*., párr. 1

853 Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, art. 2.

854 *Ibid*.

855 Véase además la sección I.A.3 de la segunda parte de la presente guía.

856 Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001).

857 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000), párr. 32; y Comité de Derechos Humanos, *Lovelace c. el Canadá*, comunicación núm. 24/1977.

ellos como judío, después de que este los oyera gritar consignas antisemitas[858]. De hecho, la víctima no era judía y solo había afirmado serlo para expresar su oposición a las opiniones racistas expresadas. Las autoridades húngaras procesaron a los autores por actos delictivos motivados por prejuicios y —correctamente— no indagaron en la cuestión de la identidad de la víctima. El asunto en cuestión no era la identidad de la víctima, sino la percepción de los autores de que era judío.

Esta sección de la presente guía examina algunas de estas cuestiones que se plantean en la intersección del derecho a la no discriminación y los derechos de las minorías. Si bien no pretende hacer un análisis exhaustivo de todos los aspectos de los derechos de las minorías, trata en cambio de examinar aspectos de una determinada aplicación de la ley contra la discriminación a los derechos de las minorías y los dilemas particulares que surgen a este respecto. El objetivo principal es contribuir a que quienes participan en la elaboración de leyes contra la discriminación comprendan la aplicación del derecho a la no discriminación en el contexto de los derechos de las minorías.

A. Los derechos de las minorías en el derecho internacional

Como ya se ha indicado, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que no se negará a las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas "el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". El artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece garantías similares, e incluye a las "personas de origen indígena" además de a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Los tratados regionales de derechos humanos también prevén explícitamente los derechos de las minorías[859].

El Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 23 (1994), ha expuesto algunos elementos de los derechos reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En particular, ha observado que:

> **Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo[860].**

El Comité ha señalado que estas medidas positivas "deben respetar las disposiciones de los artículos [2, párrafo 1,] y 26 del Pacto, tanto en lo que se refiere al tratamiento de las distintas minorías como en lo relativo al tratamiento entre las personas pertenecientes a ellas y el resto de la población". Asimismo, el Comité ha indicado que las medidas positivas para garantizar el ejercicio comunitario de los derechos de las minorías constituirán una diferenciación legítima a los efectos del derecho a la no discriminación, en la medida en que "estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos" y se basen en criterios razonables y objetivos[861]. En términos más generales, el Comité ha señalado que "no se puede ejercer en forma legítima ninguno de los derechos protegidos por el artículo 27 del Pacto de un modo o en una medida incompatible" con otros derechos del Pacto[862].

---

858 Nemzeti és Etnikai Kisebbségi Jogvédő Iroda (NEKI), Tamas H. Case 1997, www.neki.hu/archivum-feher-fuzet/, también resumido en: https://magyarnarancs.hu/belpol/perek_szelsojobboldaliak_ellen_itelet_is_meg_nem_is-61981?fbclid=IwAR2kxIEkPDVj_syl5_ulZRU8utBPKJy1gwh1rMJ6CxnAxylbvCAjoxDu8YE.

859 El sistema del Consejo de Europa incluye dos tratados dedicados explícitamente a las minorías: el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales y la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias. En virtud del artículo 4 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, "Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar... cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación".

860 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 6.2.

861 *Ibid.*

862 *Ibid.*, párr. 8.

El Comité ha señalado también que el artículo 27 impone a los Estados la obligación de "asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y [de] ampararlo contra toda negativa o violación", tanto por actores estatales como privados[863].

Además, el Comité ha observado que "la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los Pueblos Indígenas". Esto requiere no solo "medidas jurídicas positivas de protección", sino también "medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan"[864].

Leída en su totalidad, la observación general núm. 23 (1994) deja claro que el Comité de Derechos Humanos considera que los derechos a la igualdad y a la no discriminación son el eje esencial de la disposición sobre los derechos de las minorías contenida en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además de las garantías previstas en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas dispone que:

- Los Estados protegerán la existencia y la identidad (nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística) de las minorías (art. 1).
- Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo. También tendrán derecho a participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública; a participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan; y a establecer y mantener sus propias asociaciones (art. 2).
- Estos derechos podrán ejercerse individualmente, así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna (art. 3).
- Los Estados adoptarán las medidas necesarias, incluidas medidas proactivas, para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de las minorías y para crear condiciones que favorezcan el desarrollo y la expresión de su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres (art. 4).

El artículo 8, párrafo 3, de la Declaración establece que las medidas adoptadas para alcanzar sus objetivos no deberán ser consideradas *prima facie* contrarias al principio de igualdad. De hecho, el comentario acerca de la Declaración establece que la protección de las minorías se funda en cuatro condiciones: la protección de su existencia; su no exclusión; su no discriminación; y su no asimilación[865].

B. ¿Qué personas constituyen las minorías?

Con la expresión "minorías" se hace referencia a las personas pertenecientes a las cuatro categorías establecidas en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas: minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas. En su observación general núm. 23 (1994), el Comité de Derechos Humanos establece que "las personas sujetas a protección" en virtud del artículo 27 "son las pertenecientes a un grupo de minoría y que comparten en común una cultura, una religión y un idioma"[866]. No existe una definición universalmente aceptada de minorías. De hecho, la falta de coherencia a la hora de interpretar qué personas constituyen una minoría, como señala el Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, es un obstáculo recurrente para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de las minorías[867]. Sin embargo, se aceptan en general algunos principios básicos.

---

[863] *Ibid.*, párr. 6.1.

[864] *Ibid.*, párr. 7.

[865] E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, párr. 23.

[866] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 5.1.

[867] Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, "Concept of a minority: mandate definition", ACNUDH, 2021. Disponible en www.ohchr.org/EN/Issues/Minorities/SRMinorities/Pages/ConceptMinority.aspx.

El primer principio básico es que "la existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un determinado Estado parte exige que esos derechos se establezcan en función de criterios objetivos y no por decisión unilateral del Estado parte"[868]. Así pues, la existencia de un grupo minoritario es una cuestión de hecho, no de derecho ni de políticas o decisiones oficiales.

Otro principio básico es que las definiciones de minoría no pueden limitarse a los ciudadanos ni a los residentes permanentes[869]. El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que las minorías se deben considerar en relación con el conjunto de un Estado y no de una provincia en particular[870]. El Grupo de Trabajo sobre las Minorías acerca de la Declaración ha establecido que la Declaración tiene un alcance tan amplio como el del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que su aplicación se hace extensiva a las minorías independientemente de la nacionalidad[871]. Los órganos del Consejo de Europa y de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa que se dedican específicamente a la protección de las minorías también aplican este enfoque[872].

En Europa, el enfoque adoptado para la definición de las minorías ha seguido tres principios generales: a) el énfasis en la identificación de las minorías como una cuestión de hecho y no de derecho; b) el reconocimiento de que la existencia de minorías se entiende como una cuestión que requiere una evaluación con criterios tanto objetivos como subjetivos[873]; y c) la resistencia a formular una única definición estricta o vinculante, en el contexto de la conciencia del riesgo para los derechos humanos de las minorías derivado de definiciones potencialmente restrictivas[874]. En la labor tanto del Consejo de Europa como del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, este último enfoque se ha denominado "pragmático"[875].

Un principio básico adicional se establece en la "Nota Orientativa del Secretario General sobre la Discriminación Racial y la Protección de las Minorías", en la que el Secretario General reconoce que la atención debe centrarse en los más marginados:

> **Aunque en la mayor parte de los casos las minorías ocupan una posición no dominante, existen grandes diferencias entre las experiencias y las posiciones de las minorías. Mientras que algunas son sistemáticamente marginadas y excluidas de la toma de decisiones y reciben poco o ningún apoyo para mejorar su situación, otras desempeñan un papel importante en la economía, las estructuras estatales y otros contextos. Esta diversidad también puede estar presente en las comunidades minoritarias. Al considerar tales diferencias, que varían con el transcurso del tiempo, el sistema de las Naciones Unidas debe prestar especial atención a las más marginadas desde los puntos de vista económico, político o social y cuyos derechos corren especial peligro[876].**

---

868 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 5.2.

869 *Ibid*., párrs. 5.1 y 5.2. Véase también A/74/160, párr. 59.

870 Comité de Derechos Humanos, *Ballantyne y otros c. el Canadá*, comunicaciones núms. 359/1989 y 385/1989.

871 E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, párr. 9.

872 En particular, en lo que se refiere al Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa (1995) y al Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

873 Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994).

874 Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning the Protection of National Minorities* (Estrasburgo, 2017). Puede consultarse en www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2018)002-e.

875 No existe una definición generalmente aceptada del concepto de "minoría". Es cierto que se han definido algunos elementos, por ejemplo, la clasificación uniforme, si bien no universal, de las minorías en tres grupos: minorías étnicas, minorías lingüísticas y minorías religiosas; cualquiera de estos tres criterios puede estar presente o, lo que es más frecuente, pueden ser en parte acumulativos. Esta triple caracterización (en parte) se adopta en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se menciona en el párrafo 5.1 de la observación general [...] de 6 de abril de 1994. [...] Sin embargo, no se ha formulado una definición generalmente aceptada de minorías en ninguno de los instrumentos o doctrinas jurídicos internacionales hasta la fecha. Mientras que algunos autores han intentado abordar la cuestión, otros han preferido no hacerlo, por considerar que tal definición es imposible o que, en cualquier caso, no es útil. Así, el Alto Comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales actúa de manera pragmática, y sin formular ninguna definición, en los lugares donde considera que existe una cuestión que afecta a las minorías. *Ibid*., pág. 4, citando el informe relativo a las respuestas al cuestionario sobre los derechos de las minorías, en Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *The Protection of Minorities, Collection Science and Technique of Democracy*, núm. 9 (Estrasburgo, 1994).

876 Secretario General, "Nota Orientativa del Secretario General sobre la Discriminación Racial y la Protección de las Minorías" (2013), párrs. 18 y 19. Puede consultarse en www.ohchr.org/documents/Issues/Minorities/GuidanceNoteRacialDiscriminationMinorities.pdf.

Se ha debatido si el término "minorías" se refiere a grupos que representan menos del 50 % de la población nacional o local. Gay McDougall, la primera Experta Independiente sobre cuestiones de las minorías, trabajó intensamente para desvincular la definición de minorías de los datos numéricos, e incluyó en la definición a comunidades como los afrodescendientes del Brasil, es decir, personas que pueden ser mayoría en la población, pero que son marginadas sistemáticamente. En su interpretación de la Declaración, la Experta Independiente destacó cuatro ámbitos generales de preocupación en relación con las minorías en todo el mundo:

> **a) la protección de la supervivencia de una minoría, mediante la lucha contra la violencia ejercida contra ella y la prevención del genocidio; b) la protección y promoción de la identidad cultural de los grupos minoritarios y el derecho de los grupos nacionales, étnicos, religiosos o lingüísticos a gozar de su identidad colectiva y a rechazar la asimilación forzosa; c) la garantía de los derechos a la no discriminación y a la igualdad, entre otros medios, poniendo fin a la discriminación estructural o sistémica y promoviendo medidas de acción afirmativa cuando sea necesario; y d) la garantía del derecho a la participación efectiva de las personas pertenecientes a minorías en la vida pública, especialmente respecto de las decisiones que les afectan[877].**

El actual Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ha tratado de restablecer o revitalizar interpretaciones anteriores, según las cuales un grupo que es inferior en número a la población o poblaciones mayoritarias se considera una minoría[878].

Una consideración primordial en las cuestiones relacionadas con las minorías es la autoidentificación de la persona afectada. El derecho internacional no exige que una persona se autoidentifique como perteneciente a una única minoría. Las personas deben poder autoidentificarse como miembros de diversas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y obtener su reconocimiento legal. Por ejemplo, en cuanto a la etnia, en sus orientaciones para que los Estados realicen censos de población, la Comisión Económica para Europa ha afirmado: el origen étnico tiene necesariamente una dimensión subjetiva y algunos grupos étnicos son muy reducidos, lo que significa que la información sobre el origen étnico debe basarse en la libre declaración de una persona y los encuestados deben tener libertad para indicar más de una afiliación étnica o una combinación de afiliaciones étnicas si así lo desean[879]. Además, los aspectos relativos a la identidad son modificables y deben ser oficialmente reconocibles como tales, siempre que los cambios se realicen sobre la base de un consentimiento libre e informado[880]. La autoidentificación individual es por derecho una cuestión de libre determinación individual[881].

---

877 A/HRC/10/11/Add.2, párr. 3.

878 Uno de los principales criterios objetivos para determinar si un grupo es minoritario en un Estado es el numérico. Una minoría en el territorio de un Estado significa que no es la mayoría. Objetivamente, eso significa que un grupo étnico, religioso o lingüístico constituye menos de la mitad de la población de un país. Véase Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, "Concept of a minority: mandate definition". El Relator Especial ha explicado que este retorno a las cuestiones de definición se fundamenta en el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos de las minorías: "La falta de coherencia a la hora de interpretar qué personas constituyen una minoría es un obstáculo recurrente para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de las minorías. Es posible que diferentes entidades de las Naciones Unidas se contradigan entre sí por considerar que constituyen minoría grupos de personas diferentes, y se aparten de la práctica de colegas de otras entidades. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen reparos a la hora de colaborar en cuestiones relativas a las minorías, ya que no saben qué personas constituyen una minoría ni lo que eso entraña. En algunos países, puede incluso suponerse que la ausencia de una 'definición' implica que corresponde a cada Estado determinar libremente quién constituye o no una minoría. En la mayoría de esos casos, la incertidumbre hace que se adopten […] enfoques restrictivos: en muchas situaciones, se considera que las personas no son 'merecedoras' de esa condición porque no son minorías 'tradicionales', no son ciudadanas o no están suficientemente 'dominadas'. El resultado final es que algunas minorías quedan excluidas porque no son el 'tipo correcto' de minoría según diferentes partes.... En lugar de facilitar la flexibilidad, la transparencia y la posibilidad de lograr avances, la ausencia de puntos de referencia comunes que permitan establecer una definición de lo que constituye una minoría ha dado lugar a una interpretación restrictiva de las personas que pueden reivindicar la protección de las minorías". Véase A/74/160, párrs. 21 y 22.

879 Comisión Económica para Europa, *Conference of European Statisticians: Recommendations for the 2010 Censuses of Population and Housing* (Nueva York y Ginebra, 2006), párrs. 425 y 426.

880 En el asunto *Ciubotaru v. Moldova*, demanda núm. 27138/04, sentencia de 27 de abril de 2010, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó la negativa de las autoridades de la República de Moldova a registrar la identidad étnica ("rumana") declarada por el demandante, al tramitar su solicitud de sustitución de su documento de identidad soviético por un documento de identidad moldavo, basándose en que sus padres no figuraban como "de etnia rumana" en sus certificados de nacimiento y matrimonio. El Tribunal consideró que la República de Moldova había violado el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque el demandante no pudo acceder de forma efectiva a sus documentos personales ni modificarlos para que reflejaran su autoidentificación individual.

881 Sobre la libre determinación individual en el contexto de los derechos humanos, véanse, por ejemplo, A/HRC/22/53; ACNUDH, *Vivir libres e iguales*, págs. 47 y 48; y ACNUDH y otros, "Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement" (Ginebra, OMS, 2014), pág. 7. La expresión "libre determinación individual" no debe confundirse con el derecho a la libre determinación del que gozan los pueblos, tal y como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La comprensión de los derechos de las minorías sigue evolucionando. Por ejemplo, el Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ha recordado recientemente que las minorías lingüísticas incluyen a los usuarios de las lenguas de señas[882]. En otro orden de cosas, el Relator Especial afirmó que, en lo relativo a las minorías religiosas o de creencias: "Esta categoría incluye una amplia variedad de creencias religiosas, no religiosas, no teístas y de otra índole, como religiones o creencias no reconocidas y no tradicionales, por ejemplo, animistas, ateos, agnósticos, humanistas, 'religiones nuevas', etc."[883]. La reflexión sobre las concepciones de la definición de minorías basadas en los derechos humanos es especialmente apropiada en el contexto de no dejar a nadie atrás[884].

II. GRUPOS EXPUESTOS A DISCRIMINACIÓN RACIAL Y PERJUICIOS CONEXOS

En el sistema de las Naciones Unidas se han enumerado algunos grupos concretos que afrontan discriminación racial, formas conexas de intolerancia o exclusión en todo el mundo. Sin embargo, por diversas razones, toda lista de grupos reconocidos de este modo será siempre parcial; de hecho, debido a los problemas de negación, obstrucción y ausencia de consenso político algunas de las personas que corren mayor riesgo de discriminación no son reconocidas a nivel internacional. Es indudable que la geopolítica influye en la identificación (o no) de determinados grupos expuestos a violaciones de los derechos humanos o necesitados de protección. El problema del racismo, la discriminación racial y el trato a determinados grupos étnicos también se ha visto afectado por el problema de la negación, un asunto que afecta de forma más amplia a las cuestiones de derechos humanos[885].

Además, sucede con frecuencia que la mención en el sistema internacional va a la zaga de la autoidentificación de determinados grupos o no refleja plenamente la riqueza y el autoempoderamiento de los grupos que se identifican con la personalidad y la historia común de su grupo, a menudo en el transcurso de movimientos de liberación. No obstante, el sistema de las Naciones Unidas ha mencionado a algunos grupos en particular que están expuestos a discriminación por motivos de raza u origen étnico, a menudo al expresar una seria preocupación por los derechos humanos o para señalar una necesidad de reconocimiento o protección.

La primera categoría, y la más obvia, de personas afectadas por la discriminación racial —como los dalits— son las minorías étnicas, una de las cuatro categorías mencionadas explícitamente en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

Actualmente se está celebrando el Decenio Internacional de los Afrodescendientes y las Naciones Unidas han creado un Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes[886]. El asesinato de George Floyd, el movimiento Black Lives Matter y los movimientos de solidaridad mundial surgidos a raíz de estos sucesos han hecho que se preste una atención renovada y cada vez más amplia a los problemas de la injusticia racial contra los afrodescendientes. Esto dio lugar, entre otras cosas, a la resolución 43/1 del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los africanos y los afrodescendientes frente al uso excesivo de la fuerza y otras violaciones de los derechos humanos por los agentes del orden, en la que el Consejo solicitó, entre otras cosas, un informe sobre la cuestión al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

---

882 ACNUDH, "UN human rights expert calls for recognition of rights of users of sign languages as minorities", 22 de septiembre de 2020. Disponible en www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26278&LangID=E.

883 A/75/211, párr. 76 b). Véase también la Declaración de Beirut y sus 18 Compromisos sobre la Fe para los Derechos (en particular, el compromiso II, relativo a los creyentes teístas, no teístas, ateos o de otro tipo, y el compromiso VI sobre los derechos de todas las personas pertenecientes a minorías).

884 Véase además Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, *Leaving No One Behind: A UNSDG Operational Guide for UN Country Teams - Interim Draft* (2019). Disponible en https://unsdg.un.org/sites/default/files/Interim-Draft-Operational-Guide-on-LNOB-for-UNCTs.pdf.

885 Sobre el problema de la negación, véase Stanley Cohen, *States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering* (Londres, Polity Press, 2000).

886 La página web del Grupo de Trabajo es www.ohchr.org/es/Issues/Racism/WGAfricanDescent/Pages/WGEPADIndex.aspx. Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*.

En el informe, publicado en junio de 2021[887], el Alto Comisionado establece una agenda de cuatro puntos para un cambio transformador en favor de la justicia y la igualdad raciales con una visión global para: a) desmantelar el racismo sistémico, b) procurar la justicia, poner fin a la impunidad y fomentar la confianza, c) escuchar a los afrodescendientes y atender sus preocupaciones, y d) prever reparación al hacer frente a los legados del pasado, adoptar medidas especiales y ofrecer una justicia reparadora. A raíz del informe, el Consejo de Derechos Humanos aprobó por consenso la resolución 47/21, por la que se establece el mecanismo internacional de expertas y expertos independientes a fin de promover la justicia y la igualdad raciales en el contexto de la labor de las fuerzas del orden. En julio de 2021, la Asamblea General creó el Foro Permanente sobre los Afrodescendientes con el fin de que actuara como mecanismo consultivo para las personas afrodescendientes y otras partes interesadas y como órgano asesor del Consejo de Derechos Humanos. Estos dos nuevos mecanismos refuerzan aún más la estructura de las Naciones Unidas establecida para luchar contra el racismo, combatir la discriminación racial y fortalecer los derechos y la protección de las minorías.

Los romaníes, los sintis, los nómadas y las personas que se autoidentifican como "gitanos" o grupos afines o que son estigmatizadas al respecto se mencionan explícitamente en la Declaración y el Programa de Acción de Durban, aprobados al término de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en 2001[888]. La discriminación contra los romaníes fue objeto de una recomendación general específica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en 2000[889], así como de la resolución 26/4 del Consejo de Derechos Humanos, en la que el Consejo reconoció que durante siglos los romaníes habían sido víctimas de violaciones de los derechos humanos, discriminación, rechazo, exclusión social y marginación de forma generalizada y persistente en todo el mundo y en todas las esferas de la vida, y en la que mencionaba una forma específica de racismo que afrontaban los romaníes: el antigitanismo[890].

En los decenios de 2010 y 2020, y en particular en el contexto de la pandemia de COVID-19, las entidades de las Naciones Unidas, incluido el Secretario General, expresaron su preocupación por la discriminación contra las personas de ascendencia asiática y por los ataques motivados por prejuicios y otras formas de exclusión contra estas diversas categorías de personas y comunidades[891].

Las personas afectadas por la discriminación basada en la casta o la ascendencia —como los dalits— también son objeto de especial preocupación. La discriminación basada en la casta es objeto de una recomendación general específica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[892].

El sistema de las Naciones Unidas también ha reconocido a las personas con albinismo como grupo que es objeto de discriminación racial, entre otros factores interseccionales, algo importante, entre otras cosas, respecto de la protección en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[893].

REFUGIADOS, APÁTRIDAS Y MIGRANTES

Los refugiados y apátridas no son necesariamente minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Sin embargo, pueden ser minorías dentro de las comunidades de las que proceden o en su país de exilio.

Las personas pueden huir de su país de origen por diversas razones, entre ellas, a causa de la discriminación por diversos motivos. En muchos casos, las comunidades de refugiados y apátridas son también grupos

887 A/HRC/47/53.

888 Declaración de Durban, párr. 68.

889 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 27 (2000).

890 Véase también A/HRC/29/24.

891 UN News, "UN chief 'profoundly concerned' over rise in violence against Asians", 22 de marzo de 2021. Disponible en https://news.un.org/en/story/2021/03/1088002.

892 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, observación general núm. 29 (2002). El ACNUDH ha publicado un conjunto de herramientas sobre la lucha contra la discriminación basada en la ascendencia, disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/GuidanceToolDiscrimination.pdf.

893 Véase, por ejemplo, A/74/190 y Corr.1, párr. 5. La página web de la Experta Independiente sobre los derechos de las personas con albinismo está disponible en www.ohchr.org/es/Issues/Albinism/Pages/IEAlbinism.aspx.

minoritarios en los países en los que se asientan. Del mismo modo, los emigrantes pueden ser miembros del grupo étnico mayoritario del país al que emigran, aunque los emigrantes y sus descendientes suelen constituir comunidades étnicas minoritarias.

Como ya se ha observado, los Estados tienen la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos humanos a todas las personas que se encuentren en su territorio, independientemente de su ciudadanía; por ello, los no ciudadanos gozan del derecho a la no discriminación por motivos de raza u origen étnico (y, de hecho, por cualquier otro motivo), en las mismas condiciones que los ciudadanos[894]. Asimismo, cuando los refugiados, los apátridas, los trabajadores migrantes y sus descendientes constituyen una comunidad minoritaria deben disfrutar de los derechos garantizados en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. De hecho, como ha declarado el Comité de Derechos Humanos: "no debe denegarse el ejercicio de esos derechos [de las minorías] a los trabajadores migratorios o a las personas que se encuentren de visita en un Estado parte y que constituyan alguna de esas minorías"[895].

Sin embargo, además de estos derechos, cada uno de estos grupos de no ciudadanos es objeto de un régimen de protección particular y basado en la igualdad a nivel internacional, que reconoce derechos específicos que coexisten con los derechos humanos garantizados a todas las personas y con los derechos de que puedan disfrutar como minorías. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en 1951, define lo que es un refugiado y establece los derechos de los refugiados. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados trabaja para proteger y hacer efectivos estos derechos y para salvaguardar a los refugiados en general. Además, tiene el mandato de proteger a los apátridas que también son objeto de dos instrumentos internacionales: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, de 1961. Tiene asimismo el mandato de proteger a los desplazados internos, ya que fue creada para proteger y ayudar a todas las personas que se han visto afectadas por desplazamientos forzosos[896].

La Organización Internacional para las Migraciones, que originalmente no formaba parte del sistema de las Naciones Unidas, ha sido incluida recientemente en la familia de las Naciones Unidas[897]. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, aprobada en 1990, garantiza una serie de derechos, entre ellos, el derecho a la no discriminación.

El 13 de septiembre de 2016, en un contexto de profunda preocupación mundial, la Asamblea General aprobó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. En la Declaración, la Asamblea General condena enérgicamente "los actos y las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia contra los refugiados y los migrantes, así como los estereotipos que se les suelen aplicar, especialmente los basados en la religión o las creencias". Recuerda que: "La diversidad enriquece a todas las sociedades y contribuye a la cohesión social. La demonización de los refugiados o migrantes atenta gravemente contra los valores de dignidad e igualdad de todos los seres humanos que hemos prometido defender"[898]. Asumiendo "los compromisos que se aplican tanto a los refugiados como a los migrantes", la Asamblea General se compromete a abordar las necesidades de "todas las personas que se encuentran en situación vulnerable y que participan en los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, como las mujeres en situación de riesgo, los niños, especialmente los menores no acompañados o separados de sus familias, los miembros de minorías étnicas y religiosas, las víctimas de la violencia, las personas de edad, las personas con discapacidad, las personas que son objeto de discriminación por cualquier motivo, los Pueblos Indígenas, las víctimas de

---

894 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 15 (1986), párr. 2. Véase también el análisis de la discriminación contra los no ciudadanos que figura más arriba, en la sección I.A.1 a) de la segunda parte de la presente guía.

895 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 5.2.

896 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "Internally displaced people". Disponible en www.unhcr.org/uk/internally-displaced-people.html.

897 Para más información, véase Organización Internacional para las Migraciones, "Historia de la OIM". Disponible en www.iom.int/es/historia-de-la-oim.

898 Asamblea General 71/1, párr. 14.

la trata de personas, y las víctimas de la explotación y los abusos cometidos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes"[899]. Además, se compromete a combatir las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación contra las mujeres y niñas refugiadas y migrantes[900]. Sobre la base de la Declaración de Nueva York y de conformidad con sus compromisos, en diciembre de 2018, la Asamblea General aprobó el Pacto Mundial sobre los Refugiados[901], y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular[902].

También puede considerarse que algunos grupos religiosos son objeto de discriminación étnica o racial o de formas conexas de intolerancia. Los ejemplos más reconocidos de este fenómeno son los judíos y los musulmanes, a través del antisemitismo y la islamofobia u odio hacia los musulmanes. La historia del antisemitismo, por ejemplo, está estrechamente relacionada con la historia del racismo en general. Determinadas identidades pueden ubicarse en una zona limítrofe entre la religión y la etnia. El sistema de las Naciones Unidas ha prestado especial atención tanto al antisemitismo[903] como a la islamofobia u odio hacia los musulmanes[904]. Más recientemente, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha mencionado con frecuencia la elaboración de perfiles étnicos basados en la sospecha de afiliación religiosa, en particular respecto de los musulmanes[905]. En algunos contextos, los cristianos, los budistas y otras comunidades también pueden afrontar discriminación, persecución o agresiones[906].

Al igual que los demás grupos aquí mencionados, los Pueblos Indígenas gozan de protección en el derecho internacional en virtud del derecho a la no discriminación por motivos de raza o etnia[907], además de beneficiarse de las protecciones que prevén los derechos de las minorías en virtud del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[908]. Los Pueblos Indígenas también son objeto de un instrumento internacional de derechos humanos específico, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General en 2007, que reconoce, entre otras cosas, el derecho a la libre determinación y a la autoidentificación[909]. Muchos mecanismos de las Naciones Unidas publican orientaciones y recomendaciones en relación con los derechos de los Pueblos Indígenas, entre ellos, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[910], el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas[911]. Es importante señalar que muchas personas que se autoidentifican como Pueblos Indígenas se oponen a ser incluidas en la categoría de minoría por razones que abarcan tanto su identidad única como primeros y originales ocupantes de la tierra como el marco internacional

899 *Ibid*., párrs. 21 y 23.

900 *Ibid*., párr. 31.

901 A/73/12 (Parte II).

902 Resolución 73/195 de la Asamblea General.

903 Véase, por ejemplo, A/74/358.

904 Véanse, por ejemplo, A/74/195; A/74/215; A/HRC/43/28; y A/HRC/46/30.

905 Véase, por ejemplo, A/HRC/29/46.

906 Véanse, por ejemplo, A/74/195; A/74/215; A/HRC/43/28; www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_EN.pdf; y UN News, "UN strongly condemns terrorist attack in Egypt", 26 de mayo de 2017. Disponible en https://news.un.org/en/story/2017/05/558232-un-strongly-condemns-terrorist-attack-egypt.

907 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23 (1997).

908 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párrs. 3.2 y 7.

909 Véanse también Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya*, demanda núm. 006/2012, sentencia de 26 de mayo de 2017, párrs. 107 y 108; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes, Industrias extractivas* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15) (2015).

910 La página web del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está disponible en www.ohchr.org/ES/issues/ipeoples/emrip/pages/emripindex.aspx.

911 La página web del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas está disponible en www.ohchr.org/ES/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx.

de derechos comparativamente más débil reconocido para las minorías[912]. A continuación figura un análisis de los derechos de los Pueblos Indígenas.

Además de identificar a grupos de riesgo a nivel mundial y regional, el sistema de las Naciones Unidas ha mencionado en diversos contextos a grupos que suscitan preocupación en países o contextos determinados. Los pueblos maya ixil de Guatemala[913], los rohinyás y otras minorías en Myanmar[914], los yazidíes en el Iraq y Siria[915], los uigures en China[916], los bahaíes y otras denominadas minorías en la República Islámica del Irán[917], los ahmadíes en el Pakistán[918], y los darfuríes en el Sudán[919], por ejemplo, han sido objeto de gran preocupación internacional. También se ha mencionado como motivo de preocupación la situación de las minorías de habla rusa en los Estados bálticos[920]. Las Naciones Unidas crearon en 1949 un organismo específico para los derechos de los palestinos, un grupo que ha sido objeto de suma preocupación internacional en relación con los derechos humanos durante decenios[921].

En su examen del cumplimiento y la aplicación por los Estados de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial mencionó a grupos que consideraba que corrían un riesgo especial de ser objeto de discriminación racial en un Estado o contexto determinado[922]. Otros órganos de tratados de derechos humanos y mecanismos de las Naciones Unidas también pueden mencionar a grupos concretos que requieran atención en contextos nacionales. Sin embargo, estas listas no son exhaustivas, por diversas razones, y es importante reconocer que la no inclusión de un grupo puede ser consecuencia de una negación, una estigmatización o un riesgo tan generalizados que las comunidades no puedan o no acepten ser nombradas.

A. Discriminación racial: *ius cogens*, perjuicio especialmente reprobable y el problema de la negación

Además de su prohibición en el marco de diversos tratados internacionales de derechos humanos, la prohibición de la discriminación racial constituye una obligación *erga omnes* en virtud del derecho internacional, como dejó claro la Corte Internacional de Justicia ya en 1970[923]. De hecho, la prohibición de la discriminación racial se considera potencialmente *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional[924]. En la causa *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que las obligaciones *erga omnes* "derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también

---

912 Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce los derechos a la libre determinación, a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art. 4) y establece que "no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso" (art. 10). Véase además Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Advisory opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples" (2007).

913 UN News, "Guatemala: UN rights chief welcomes 'historic' genocide conviction of former military leader", 13 de mayo de 2013. Disponible en https://news.un.org/en/story/2013/05/439412-guatemala-un-rights-chief-welcomes-historic-genocide-conviction-former-military.

914 Véase, por ejemplo, CRPD/C/MMR/CO/1, párrs. 31 y 32.

915 CEDAW/C/IRQ/CO/7, párrs. 19 a 21; y CRC/C/SYR/CO/5, párrs. 19 y 20.

916 CERD/C/CHN/CO/14-17, párrs. 36 a 42.

917 CCPR/C/IRN/CO/3, párr. 24.

918 CCPR/C/PAK/CO/1, párr. 33.

919 Situación que dio lugar a la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (https://unamid.unmissions.org/about-unamid-0).

920 Véase, por ejemplo, A/HRC/7/23, párr. 66.

921 Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (www.unrwa.org).

922 Así, por ejemplo, en su examen más reciente del Japón, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó especial preocupación por la situación del pueblo ainu, los pueblos ryukyu/okinawa, los burakumines, los coreanos, las mujeres de solaz, los musulmanes de origen extranjero, los migrantes, los extranjeros y los no ciudadanos, así como por "las formas interseccionales de discriminación y violencia contra la mujer". Véase CERD/C/JPN/CO/10-11.

923 Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3 y ss., en especial pág. 32, párrs. 33 y 34.

924 A/CN.4/727, párrs. 91 a 101.

de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial"[925]. Además, el racismo y la discriminación racial se reconocen no solo como cuestiones de derechos humanos, sino como posibles causas profundas de conflictos interestatales e intraestatales[926].

En la jurisprudencia regional, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha reconocido que la discriminación racial es una violación del propio espíritu de la Carta Africana y de la letra de su artículo 2[927]. La Comisión afirmó que el tono general de la Carta repudia la discriminación racial[928]. Además, la Comisión destaca que la larga historia de África como objeto de discriminación racial indica claramente que los Estados partes en la Carta trabajarán para eliminar todas las formas de discriminación por ese motivo[929].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece periódicamente que "la discriminación racial es un tipo de discriminación particularmente reprobable y, teniendo en cuenta sus peligrosas consecuencias, exige de las autoridades una vigilancia especial y una reacción enérgica. Por este motivo, las autoridades deben utilizar todos los medios disponibles para combatir el racismo, reforzando así el ideal democrático de una sociedad en la que la diversidad no se percibe como una amenaza, sino como una fuente de enriquecimiento"[930]. El Tribunal también ha dictaminado en varias ocasiones que la discriminación racial es una forma de perjuicio lo suficientemente grave como para alcanzar el nivel de trato degradante[931].

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha incorporado el concepto de "responsabilidad agravada" del sistema interamericano a la jurisprudencia de la Carta Social Europea, en lo relativo a la discriminación racial, cuando esta implica la participación activa y reforzada de las autoridades: "El Comité considera que las declaraciones de actores públicos como las señaladas en la denuncia crean un entorno discriminatorio que es la expresión de una política basada en la disparidad étnica en lugar de la estabilidad étnica. Así, sostiene que la propaganda racista engañosa contra los inmigrantes romaníes y sintis, permitida de forma indirecta o directa por las autoridades italianas, constituye una violación agravada de la Carta revisada"[932].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la discriminación racial atenta contra la igualdad y la dignidad inherentes a todos los seres humanos ha sido condenada unánimemente por la comunidad internacional y está expresamente prohibida por el artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana[933]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido que la discriminación racial se manifiesta reiteradamente en las "relaciones interpersonales cotidianas", permeando todo el comportamiento social, tanto personal como institucional[934].

Hay otro aspecto de la prohibición de la discriminación racial que merece ser comentado aquí: el hecho de que los Estados nieguen que exista discriminación racial —en particular, discriminación sistémica— aunque se trate

---

925 Corte Internacional de Justicia, B*arcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 34.

926 Declaración de Durban, párr. 20.

927 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Malawi African Association and others v. Mauritania*, comunicación núm. 54/91 y otras, decisión de 11 de mayo de 2000, párr. 131.

928 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Guidelines for national periodic reports" (1989), parte V.

929 *Ibid*.

930 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Timishev v. Russia*, demandas núms. 55762/00 y 55974/00, sentencia de 13 de diciembre de 2005, párr. 56.

931 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cyprus v. Turkey*, demanda núm. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001, con referencia en particular al enfoque adoptado por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, a saber, que el trato diferenciado de un grupo de personas por motivo de su raza podría, en consecuencia, constituir un trato degradante cuando un trato diferente por algún otro motivo no plantee esa cuestión (Comisión Europea de Derechos Humanos, *East African Asians v. the United Kingdom*, demandas núms. 4403/70-4419/70 y otros, decisión de 14 de diciembre de 1973, párr. 207).

932 Comité Europeo de Derechos Sociales, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, demanda núm. 58/2009, decisión sobre el fondo, 25 de junio de 2010, párr. 139.

933 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, caso núm. 12.649, informe núm. 87/10, 30 de noviembre de 2010, párr. 357. Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayanó y sus miembros vs. Panamá*, caso 12.354, informe núm. 125/12, 13 de noviembre de 2012, párrs. 286 a 288.

934 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68) (2007), párr. 196.

de casos relativamente manifiestos y evidentes de este tipo de discriminación. La red de las Naciones Unidas sobre discriminación racial y protección de las minorías ha descrito este problema de la siguiente manera:

> **Mientras que en la primera mitad del siglo XX la exclusión de las minorías y otros grupos que eran objeto de discriminación racial se hacía más o menos de forma abierta, actualmente hay pocos Gobiernos en el mundo, si es que hay alguno, que apliquen políticas que celebren la exclusión y la discriminación de esos grupos. En la hipótesis más común, los Gobiernos niegan que exista discriminación racial. Esto sucede incluso en situaciones de flagrante abuso sistemático. En muchos contextos, los Gobiernos culpan a los grupos marginados de su propia exclusión. Este problema se extiende al nivel más granular, en el que incluso en casos notorios de discriminación, las partes niegan la discriminación o dan elaboradas explicaciones para justificar la evidente desigualdad de trato[935].**

El problema de la negación de la discriminación racial ha planteado —y sigue planteando— dificultades particulares para abordarla[936].

B. Comunidad, autonomía, igualdad y no discriminación y prácticas nocivas

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que las minorías étnicas tienen derecho "en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural". La legislación y la jurisprudencia en el ámbito regional y nacional han desarrollado el contenido de este aspecto colectivo de los derechos de las minorías y su interacción con el derecho a la no discriminación.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una protección de los derechos a la propiedad colectiva que se hace extensiva a las poblaciones afrodescendientes, como indica su jurisprudencia en el caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*[937]. Esto refleja el hecho de que la Corte ha desarrollado progresivamente la protección de las comunidades afrodescendientes y su condición como pueblos tribales[938].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que se impone a los Estados contratantes una obligación positiva de facilitar el estilo de vida de los gitanos[939] y que debido a la posición vulnerable de los romaníes/gitanos debe prestarse especial atención a sus necesidades[940]. En el asunto *Muñoz Díaz c. España*, el Tribunal sostuvo que España había violado el derecho a la no discriminación cuando se denegó a una mujer romaní una pensión de viudedad porque nunca había sido reconocida formalmente como casada ante las autoridades civiles españolas. Ella sostuvo que su matrimonio según las tradiciones romaníes con su marido, ya fallecido, había sido considerado por las autoridades españolas como una relación *more uxorio*, una mera relación marital *de facto*[941]. El Tribunal determinó que la demandante estaba casada según los ritos y tradiciones de la comunidad romaní, observando que tuvieron seis hijos en común y vivieron juntos hasta el fallecimiento del Sr. Muñoz Díaz[942]. El Tribunal dictaminó que, en consecuencia, la denegación por las autoridades españolas de una pensión de viudedad a la Sra. Muñoz Díaz constituía discriminación:

> **La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del Convenio solo adquiere sentido si, en cada caso concreto, se tiene en cuenta la situación personal del demandante en relación con los criterios enumerados exactamente en esta disposición. Proceder de otro modo al desestimar**

---

[935] Red de las Naciones Unidas sobre discriminación racial y protección de las minorías, "Inputs into Secretary General's call to action follow-up: agenda for protection" (2021), págs. 3 y 4. Disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/UN_Network_Racial_Discrimination_Minority_Rights.pdf.

[936] El problema de la negación en un contexto de derechos humanos se analiza en detalle en Cohen, *States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering*.

[937] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 86 y 133.

[938] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 84 a 86.

[939] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chapman v. United Kingdom*, demanda núm. 27238/95, sentencia de 18 de enero de 2001, párr. 96.

[940] Formulación particular en este asunto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and others v. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 181.

[941] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Muñoz Díaz v. Spain*, demanda núm. 49151/07, sentencia de 8 de diciembre de 2009, párr. 51.

[942] *Ibid*., párr. 52.

> **las demandas de la víctima con el argumento de que podría haber evitado la discriminación al modificar uno de los factores en cuestión —por ejemplo, contrayendo matrimonio civil— vaciaría de contenido el artículo 14[943].**

En casos relativos a romaníes/gitanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha afirmado de forma general que, cuando los Gobiernos establecen en la legislación nacional regímenes de protección de los derechos de las minorías, las protecciones que se incluyan —por ejemplo, la protección frente al desalojo— no pueden ser inferiores a las previstas para otras formas de vivienda[944].

RECONOCIMIENTO DE LA KRISS ROMANÍ EN COLOMBIA

En 2018, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia completaron, junto con representantes de las comunidades romaníes del país, el proceso de elaboración de un protocolo para el reconocimiento de la Kriss Romaní y de recomendaciones para el acceso a la justicia (en el marco del Decreto 2957, de 2010). La difusión y concienciación sobre el contenido del protocolo comenzó en 2019, en particular entre los funcionarios de justicia que cuentan con una presencia de las *Kumpañy* romaníes. Estas medidas se complementaron con iniciativas para velar por la aplicación de sus recomendaciones, que se llevaron a cabo con el respaldo de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos[945].

A principios del decenio de 1980 llegó un momento decisivo en la comprensión de los requisitos de los derechos de las minorías, cuando el Comité de Derechos Humanos sostuvo que las obligaciones en materia de igualdad eran inherentes a los derechos de las minorías y de los indígenas y, por tanto, que los acuerdos para el autogobierno de una comunidad indígena o minoritaria debían aplicarse de conformidad con las obligaciones de los Estados de garantizar la no discriminación. En el histórico caso *Lovelace c. el Canadá*, el Comité de Derechos Humanos dictaminó, en efecto, que los requisitos de igualdad de género eran inherentes al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a las garantías de los derechos de las minorías. El caso se refería a Sandra Lovelace, una mujer de las Primeras Naciones, que descubrió, tras su divorcio de un hombre no aborigen y sus gestiones para regresar a la Reserva de Tobique, que ella y sus hijos habían perdido su condición de pueblo de las Primeras Naciones, lo que les privaba de acceso a la vivienda, la educación y la atención de la salud. Un hombre de las Primeras Naciones en una situación similar no se habría visto privado de su condición ni de su derecho a las prestaciones. El Gobierno del Canadá se esforzó en argumentar que las comunidades de las Primeras Naciones, incluida la afectada, gozaban de un régimen de autonomía regido por un tratado, lo que excluía la posibilidad de anulación desde el ámbito federal. El Comité de Derechos Humanos determinó que se había violado el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[946]. En su orientación posterior formulada en la observación general núm. 28 (2000), el Comité explicó lo siguiente:

> **Los derechos de que disfrutan los miembros de las minorías con arreglo al artículo 27 del Pacto respecto de su idioma, cultura y religión no autorizan a un Estado, a un grupo o una persona a vulnerar el derecho de la mujer al disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos amparados por el Pacto, incluido el que se refiere a la igual protección de la ley. Los Estados deberán informar acerca de la legislación o las prácticas administrativas relativas a la pertenencia a una comunidad minoritaria que pudieran constituir una infracción contra la igualdad de los derechos de la mujer con arreglo al Pacto (comunicación núm. 24/1977, *Lovelace c. el Canadá*, dictamen de julio de 1981) y acerca de las medidas que hayan adoptado o se propongan adoptar para garantizar a hombres y mujeres el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos civiles y políticos consagrados en el Pacto. De la misma manera, los Estados partes deberán informar acerca de las**

---

943 *Ibid*., párr. 70.

944 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Connors v. the United Kingdom*, demanda núm. 66746/01, sentencia de 27 de mayo de 2004.

945 Ejemplo proporcionado por el Gobierno de Colombia, en respuesta a una nota verbal del ACNUDH en la que se solicitaban aportaciones para la presente guía.

946 Comité de Derechos Humanos, *Lovelace c. el Canadá*, comunicación núm. 24/1977.

medidas adoptadas para cumplir con estas obligaciones en relación con las prácticas religiosas o culturales de comunidades minoritarias que afecten a los derechos de la mujer. Los Estados partes deben prestar atención en sus informes a la contribución que aporte la mujer a la vida cultural de su comunidad[947].

MARCO DE RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL CANADÁ

En febrero de 2018, el primer ministro del Canadá anunció que el Gobierno elaboraría un marco para el reconocimiento y la aplicación de los derechos indígenas, consistente tanto en legislación como en políticas. El marco se formuló para respaldar los derechos de los Pueblos Indígenas reconocidos y afirmados en el artículo 35 de la Ley Constitucional de 1982, y se armonizó también con los artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El planteamiento del Gobierno proclamó el compromiso de pasar de un enfoque basado en los derechos de soberano a súbditos a un enfoque jurisdiccional inherente de nación a nación[948]**. El Gobierno reconoció el autogobierno indígena como parte del sistema emergente de federalismo cooperativo del país. Por lo tanto, las relaciones (de nación a nación, de gobierno a gobierno y entre los inuits y la Corona), incluidas las relaciones en virtud de tratados, incluyen:**

- **Elaborar mecanismos y definir procesos que reconozcan que los Pueblos Indígenas son elementos fundacionales del marco constitucional del Canadá.**
- **Involucrar a los Pueblos Indígenas en la toma de decisiones y la gobernanza efectivas de nuestro hogar común.**
- **Establecer mecanismos eficaces para apoyar el abandono de los sistemas coloniales de administración y gobierno, incluidos, cuando proceda, el gobierno y la administración en el marco de la Ley sobre la Población India.**
- **Garantizar, sobre la base del reconocimiento de derechos, el espacio necesario para el funcionamiento de las jurisdicciones y leyes indígenas**[949]**.**

Algunos aspectos de las anteriores iniciativas del país en este sentido han sido objeto de críticas, en particular, por no salvaguardar de forma suficiente la igualdad de género, incluidos los derechos de las mujeres y las niñas, especialmente en lo relativo a la violencia de género[950]**.**

Como deja claro la declaración del Comité de Derechos Humanos, es ilícito que los Estados renuncien a actuar en el marco de su responsabilidad de proteger en casos de prácticas nocivas realizadas en comunidades minoritarias o indígenas, basándose en el razonamiento de que esas comunidades —y su derecho a la autonomía comunitaria— las convierte en jurisdicciones separadas y herméticamente cerradas, exentas de la aplicación de otros derechos humanos. De hecho, los Gobiernos de todo el mundo han tenido que lidiar en la práctica con la forma de garantizar la igualdad de género, los derechos del niño y los derechos de las minorías en el seno de las minorías, así como otros aspectos, respetando al mismo tiempo los requisitos de los derechos de los indígenas y de las minorías[951].

Otros órganos de tratados se han ocupado de cuestiones similares, adoptando en gran medida una posición armonizada con la expuesta por el Comité de Derechos Humanos en la observación general núm. 28 (2000).

---

947 Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000), párr. 32.

948 Centre for International Governance Innovation, *UNDRIP Implementation: More Reflections on the Braiding of International, Domestic and Indigenous Laws: Special Report* (Ontario, 2018), pág. 100. Disponible en www.cigionline.org/static/documents/documents/UNDRIP%20Fall%202018%20lowres.pdf.

949 Gobierno del Canadá, "Principles respecting the Government of Canada's relationship with indigenous peoples" (Ottawa, 2018), pág. 9. Disponible en www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles-principes.html.

950 Emma LaRocque, "Re-examining culturally appropriate models in criminal justice", en *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Michael Asch, ed. (Vancouver, UBC Press, 1997).

951 Para un análisis exhaustivo de estas cuestiones, véase Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos, *When Legal Worlds Overlap: Human Rights, State and Non-State Law* (Versoix, 2009).

Estas cuestiones afectan tanto a la función de las autoridades públicas frente a las comunidades minoritarias e indígenas, como a los sistemas jurídicos "consuetudinarios" paralelos vigentes en entornos religiosos o tradicionales mayoritarios. En una declaración para conmemorar el 25º aniversario de la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer observó: "La coexistencia de múltiples sistemas jurídicos, con normas consuetudinarias y religiosas que rigen el estatuto personal y la vida privada y prevalecen sobre el derecho positivo e incluso las disposiciones constitucionales relativas a la igualdad, sigue siendo motivo de gran preocupación"[952]. Por ejemplo, en su examen de Fiji de 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó su preocupación "por la práctica cultural de las ceremonias de reconciliación y perdón, como el *bulubulu*, que se impone a las víctimas de la violencia para que toleren relaciones abusivas y violentas"[953]. El Comité pidió al Estado que aplicara una "estrategia amplia, que incluya la revisión y formulación de leyes y la definición de objetivos y plazos, para modificar o eliminar los estereotipos, las actitudes patriarcales y las prácticas culturales que discriminen a la mujer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 f) y 5 a) de la Convención"[954].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha publicado, junto con el Comité de los Derechos del Niño, una recomendación u observación general conjunta sobre las prácticas nocivas, en cuyo marco promovían la idea rectora central de que:

> **la prevención y eliminación eficaz de las prácticas nocivas requiere la creación de una estrategia holística bien definida, basada en los derechos y localmente pertinente que incluya medidas jurídicas y de política general de apoyo, así como medidas sociales que se combinen con un compromiso político acorde y la correspondiente rendición de cuentas a todos los niveles.... Dicha estrategia holística debe integrarse y coordinarse tanto vertical como horizontalmente e incorporarse a los esfuerzos nacionales para prevenir y afrontar las prácticas nocivas en todas sus formas. La coordinación horizontal requiere organización en todos los sectores, entre ellos la educación, la salud, la justicia, el bienestar social, el cumplimiento de la ley, la inmigración y el asilo, y los medios de difusión y comunicaciones. Asimismo, la coordinación vertical requiere organización entre agentes en los ámbitos local, regional y nacional, y con las autoridades tradicionales y religiosas. A fin de facilitar el proceso, debe considerarse la posibilidad de delegar la responsabilidad del trabajo a una entidad de alto nivel ya existente o establecida específicamente, en colaboración con todas las partes interesadas pertinentes**[955]**.**

Las prácticas nocivas no son asuntos exclusivos de las comunidades minoritarias. Sin embargo, es esencial que, al cumplir sus obligaciones de velar por que las minorías tengan derecho a disfrutar de su propia cultura en comunidad, incluso mediante medidas que puedan conceder autonomía, los Estados garanticen la existencia de salvaguardias para asegurar el ejercicio efectivo de cualquier aspecto del derecho de toda persona a la igualdad y a la no discriminación.

Al aplicar esas medidas, las autoridades estatales deben adoptar "todas las medidas adecuadas para que no se perpetúen el estigma y la discriminación contra las víctimas o las comunidades inmigrantes o minoritarias practicantes"[956]. La Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias ha observado: "Los derechos humanos, tales como la igualdad en la dignidad de todos los seres humanos, existen en todas las tradiciones culturales del mundo. En tal sentido, se cuenta con una base suficiente en todas las tradiciones culturales para fomentar y promover el valor de los derechos humanos"[957].

---

952 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Statement to commemorate the twenty-fifth anniversary of the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", 13 de octubre de 2004. Disponible en www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25anniversary/cedaw25-CEDAW.pdf.

953 CEDAW/C/FJI/CO/4, párr. 20.

954 *Ibid*., párr. 21. "Además, es motivo de preocupación para el Comité que, hasta la fecha, el Estado parte no haya tomado medidas eficaces y sistemáticas para modificar o eliminar los estereotipos y las prácticas culturales que perjudican o degradan a la mujer." *Ibid*., párr. 20.

955 Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño (2019), adoptadas de manera conjunta, párrs. 33 y 34.

956 *Ibid*., párr. 81 c).

957 E/CN.4/2003/75, párr. 62.

III. MINORÍAS RELIGIOSAS O DE CREENCIAS Y DISCRIMINACIÓN

Las minorías religiosas o de creencias incluyen una "amplia variedad de creencias religiosas, no religiosas, no teístas y de otra índole, como religiones o creencias no reconocidas y no tradicionales, por ejemplo, animistas, ateos, agnósticos, humanistas, 'religiones nuevas', etc."[958]. Las minorías religiosas o de creencias incluyen a los no creyentes, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que rechaza toda forma de coacción en el contexto del pensamiento, la conciencia, la religión o las creencias[959]. Los derechos de estos grupos están cubiertos por el mandato del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías[960], mientras que las cuestiones relativas a la libertad de religión o de creencias están incluidas en el mandato de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias[961].

Como en el caso de las minorías étnicas y lingüísticas, la discriminación que afrontan las minorías religiosas no será, en general, diferente de la que se produce por cualquier otro motivo[962]. Por ejemplo, en situaciones de discriminación directa en que los arrendadores se niegan a alquilar una propiedad a determinadas personas debido a su religión, las medidas, consideraciones o cuestiones jurídicas en esos casos no serán diferentes con respecto a los casos de discriminación por motivos de orientación sexual o edad.

Dicho esto, las cuestiones de discriminación contra minorías religiosas (y por parte de minorías religiosas) pueden conllevar cuestiones relativas a la forma de equilibrar el ejercicio efectivo de los derechos establecidos en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión— con el derecho a la no discriminación. Con frecuencia se entiende que los derechos reconocidos en el artículo 18 se disfrutan "en comunidad con" otras personas.

En la práctica, las resoluciones judiciales han aclarado algunos aspectos de estos ámbitos del derecho, mientras que otros siguen sin estar claros o difieren de una jurisdicción a otra. En la presente subsección se examinan algunos aspectos de estas cuestiones. Sin embargo, no contiene un resumen exhaustivo del derecho internacional en relación con el derecho a la libertad de religión o de creencias[963]. El único objetivo es abarcar cuestiones relativas al equilibrio entre la libertad de religión o de creencias, por un lado, y la igualdad y la no discriminación, por otro, centrándose especialmente en las minorías religiosas. Se presta atención en primer lugar, a la igualdad y la no discriminación en el ejercicio de la libertad de religión o de creencias; en segundo lugar, a la discriminación por motivos de religión o de creencias en otros ámbitos de la vida; y, en tercer lugar, a la discriminación por otras características en situaciones en las que la religión es un pretexto.

A. Igualdad y no discriminación en el ejercicio de la libertad de religión o de creencias

Citando la práctica del Comité de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre la libertad de religión y de creencias ha señalado que la obligación que vincula a un Estado en relación con el derecho a la libertad de religión o de creencias abarca:

---

[958] A/75/211, párr. 76 b). Véanse los párrafos 51 a 59 y 76 para un análisis de este término.

[959] El artículo 18, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: "Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección". Aunque el término conciencia no aparece en esta frase, se incluye claramente como corolario moral de la religión o las creencias de una persona. El rechazo estricto de la coacción exige el respeto de una esfera interna de libertad personal en cuestiones de pensamiento, conciencia, religión o creencias, que debe recibir protección jurídica incondicional: "en materia de libertad de religión o de creencias, el *forum internum*, es decir, los aspectos internos de la convicción acerca de la propia religión o las propias creencias de una persona, es objeto de una protección absoluta. […] Como lo señaló el Comité de Derechos Humanos, el *forum internum* también atañe a la libertad de cada persona de tener o adoptar una religión o unas creencias que la persona escoja y esta libertad es objeto de una protección incondicional". Véase A/67/303, párr. 19.

[960] Véase www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-minority-issues.

[961] Véase www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-religion-or-belief.

[962] Nazila Ghanea, "Are religious minorities really minorities?", *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, núm. 1 (2012). Disponible en https://doi.org/10.1093/ojlr/rwr029.

[963] Para un resumen detallado del derecho internacional sobre la libertad de religión o de creencias, véase Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea y Michael Wiener, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2016).

> **obligaciones tanto negativas, como la prohibición de cometer actos discriminatorios, como positivas, a saber, el deber de proteger contra infracciones cometidas por terceros, en particular la incitación al odio religioso. Los Estados también tienen el deber de velar por que todos los miembros de minorías estén en condiciones de practicar sus religiones o creencias y de recibir el apoyo público de la misma forma que los adeptos a una religión de Estado[964].**

Entre otras obligaciones positivas figura el cumplimento de todas las obligaciones establecidas en el artículo 27 del Pacto y en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, en virtud de la cual los Estados "adoptarán medidas para crear condiciones favorables" a fin de que las personas pertenecientes a minorías "puedan expresar sus características"[965].

Los pasajes que siguen se refieren a la obligación de los Estados de garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a la libertad de religión o de creencias, y a cuestiones de vulneración discriminatoria o denegación de la libertad de religión o de creencias. Esto incluye la cuestión de determinar si el establecimiento de una religión de Estado suscita problemas de discriminación en lo relativo a las minorías religiosas o de creencias, así como a la igualdad y la no discriminación en el ámbito del establecimiento de comunidades religiosas o de creencias, y la garantía de la igualdad de capacidades para practicarlas libremente. Dado que la presente guía se centra en la igualdad y la no discriminación, en esta sección no se tratan en detalle todos los aspectos del derecho a la libertad de religión o de creencias.

1. Religión de Estado y minorías religiosas y de creencias

Se plantean cuestiones complejas con respecto a los derechos de las minorías religiosas o de creencias cuando un Estado establece una religión oficial o concede a una religión mayoritaria primacía jurídica o política. El Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 22 (1993), ha establecido que:

> **El hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes[966].**

Anteriormente se han señalado otras obligaciones positivas, incluido el requisito de adoptar medidas encaminadas a crear condiciones favorables para que las minorías expresen sus características.

La Declaración de Beirut y sus 18 compromisos de Fe para los Derechos indican explícitamente que ha de prohibirse la utilización de la noción de "religión de Estado" o "laicismo doctrinal" para discriminar a personas o grupos y reducir "en la práctica el espacio del pluralismo religioso o de creencias"[967].

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo, en el caso *Amnesty International and others v. Sudan*, que el pleno respeto a la libertad de religión en un Estado determinado no podía aplicarse de forma que fuera causa de discriminación y perjuicio para los demás[968]. La Comisión también sostuvo que era fundamentalmente injusto que "las leyes religiosas se aplicaran contra quienes no profesaban la religión. En el mismo caso, el Comité observó que los tribunales que solo aplicaban la sharía no eran, por tanto, competentes para juzgar a los no musulmanes, y toda persona debía tener derecho a ser juzgada por un tribunal laico si así

---

[964] Véase A/HRC/37/49, párr. 29. En el caso *Waldman c. el Canadá*, el Comité de Derechos Humanos afirmó que "si un Estado parte opta por financiar a las escuelas religiosas con fondos públicos, deberá poner también estos fondos a disposición de todas las escuelas sin discriminación alguna. Ello significa que la provisión de financiación a las escuelas de un grupo religioso y no a las de otro debe basarse en criterios razonables y objetivos. En el caso que nos ocupa, el Comité llega a la conclusión de que el material que tiene a la vista no demuestra que el trato diferente entre la fe católica romana y la religión del autor se base en tales criterios. En consecuencia, se ha producido una violación de los derechos del autor amparados por el artículo 26 del Pacto de gozar de una protección igual y efectiva contra la discriminación". Véase Comité de Derechos Humanos, *Waldman c. el Canadá* (CCPR/C/67/D/694/1996), párr. 10.6.

[965] Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, art. 4, párr. 2.

[966] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 22 (1993), párr. 9.

[967] A/HRC/40/58, anexo II, compromiso IV. Véanse también A/HRC/37/49, párrs. 28 y 29; y ACNUDH, *#Faith4Rights Toolkit* (Conjunto de herramientas Fe para los Derechos) (2021), módulo 4. Disponible en www.ohchr.org/Documents/Press/faith4rights-toolkit.pdf.

[968] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Amnesty International and others v. Sudan*, comunicaciones núms. 48/90, 50/91, 52/91 y 89/93, decisión de 15 de noviembre de 1999, párr. 72.

lo deseaba"[969]. Además, la Comisión detectó otros comportamientos discriminatorios contra los cristianos, por ejemplo, la coacción para convertirse al islam, la expulsión de misioneros y la desigual distribución de alimentos en las cárceles[970].

2. Reconocimiento en igualdad de condiciones de las comunidades religiosas o de creencias minoritarias y de sus miembros

En muchos Estados, los requisitos relativos a la adquisición de una condición jurídica o al registro de comunidades religiosas o de creencias discriminan directa o indirectamente a los grupos más pequeños. En algunos casos, la denegación de la legitimidad a las comunidades religiosas o de creencias minoritarias tiene consecuencias extremas, incluida la pena de muerte[971].

La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha establecido que:

> **El registro de las comunidades religiosas o de creencias por el Estado debe efectuarse con el espíritu y el ánimo de respetar el derecho humano a la libertad de religión o de creencias. Por lo tanto, el proceso de registro debe ser rápido, transparente y no discriminatorio. No debe depender de amplios requisitos formales en cuanto al número de integrantes o al tiempo de existencia de un determinado grupo religioso, ni debe suponer una carga indebida para las comunidades que solicitan estar inscritas en el registro[972].**

Los procesos de registro de comunidades religiosas deben garantizar la igualdad de acceso y el trato no discriminatorio en el procedimiento de solicitud a todas las comunidades religiosas que deseen registrarse[973]. El registro no debe ser obligatorio, es decir, no debe ser una condición para practicar la propia religión, sino únicamente para obtener la personalidad jurídica y los beneficios conexos. Además, no debe permitirse que ningún grupo religioso o de creencias decida sobre el registro de otro grupo religioso o de creencias[974].

ORIENTACIONES DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA LIBERTAD DE RELIGIÓN O DE CREENCIAS

La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha afirmado que el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de garantizar la libertad de religión o de creencias y la no discriminación requiere lo siguiente:

a) **Los Estados deben procurar sistemáticamente que toda actividad en la esfera de la religión o las creencias tenga como fundamento un claro entendimiento del debido respeto de la libertad de religión o de creencias de todas las personas como derecho humano universal basado en la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana;**

b) **Los Estados no deben presionar a los grupos religiosos o de creyentes cuyos miembros prefieran no registrarse como entidades jurídicas con arreglo al derecho interno;**

c) **Los Estados deben informar al personal de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y de otros organismos públicos de que las actividades religiosas de las comunidades religiosas o de creyentes no registradas no son ilegales, ya que la libertad de religión o de creencias prevalece sobre cualquier acto de registro por el Estado;**

---

969 *Ibid*., párr. 73.

970 *Ibid*., párrs. 74 a 76.

971 Así, por ejemplo, en su examen de 2017 del Pakistán, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por los delitos de odio contra las minorías religiosas y "por las leyes relativas a la blasfemia... que imponen duras penas, incluida la pena de muerte obligatoria", que "tienen, al parecer, un efecto discriminatorio, particularmente para los ahmadíes". Del mismo modo, el Comité ha expresado su preocupación por el trato que reciben los bahaíes, los cristianos y los musulmanes suníes en la República Islámica de Irán, incluido el hecho de que los varones apóstatas (es decir, conversos del islam) condenados se enfrentan a la pena de muerte. Véase, respectivamente, CCPR/C/PAK/CO/1, párrs. 33 y 34; y CCPR/C/IRN/CO/3, párrs. 23 a 26.

972 A/HRC/19/60/Add.2, párr. 82.

973 A/HRC/13/40/Add.3, párr. 21.

974 A/HRC/19/60/Add.2, párr. 82.

d) Los Estados deben ofrecer a las comunidades religiosas o de creyentes opciones y procedimientos apropiados para obtener la personalidad jurídica si así lo desean. Los procedimientos administrativos para obtener esa condición deben promulgarse con objeto de facilitar el pleno ejercicio por todos de la libertad de religión o de creencias y, por tanto, deben ser rápidos, transparentes, imparciales, inclusivos y no discriminatorios;

(e) Todas las decisiones sobre el registro deben basarse en elementos de derecho formales claramente definidos y acordes al derecho internacional. El registro no debe estar sujeto a extensos requisitos formales relacionados con el número de miembros o los años de existencia de una determinada comunidad, ni depender del examen del contenido sustantivo de la creencia, la estructura de la comunidad y los métodos de nombramiento del clero;

f) Los Estados deben garantizar que ninguna comunidad religiosa pueda, *de iure* o *de facto*, ejercer un "veto" ni influir de otro modo en la decisión de registrar o no a otro grupo religioso o de creyentes;

g) Los Estados deben ofrecer recursos jurídicos efectivos a las personas o los grupos que denuncien la denegación o el retraso arbitrario de su registro como personas jurídicas;

h) Los Estados no deben privar [de manera arbitraria] a determinadas comunidades religiosas o de creyentes de la personalidad jurídica previamente reconocida para controlar o marginar a grupos que se considera que no encajan en la estructura cultural del país;

i) En caso de que se ofrezca una condición privilegiada a determinadas comunidades religiosas o de creyentes u otros grupos, esa condición debe otorgarse en estricta conformidad con el principio de no discriminación y respetando plenamente el derecho a la libertad de religión o de creencias de todos los seres humanos;

j) La atribución por el Estado de una condición específica a determinadas comunidades religiosas o de creyentes u otros grupos nunca debe utilizarse como política de promoción de la identidad nacional, ya que ello puede repercutir negativamente en la situación de los miembros de las comunidades minoritarias[975].

El Comité de Derechos Humanos ha considerado discriminatoria la denegación del registro de determinadas comunidades religiosas, en particular cuando existe un patrón y una práctica de permitir el registro de otros tipos de comunidades religiosas[976], y ha determinado que los Estados partes violan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debido a la denegación arbitraria o discriminatoria del reconocimiento o del registro de comunidades religiosas[977]. También ha considerado ilegal la denegación del establecimiento de entidades de una religión determinada y ha determinado que los Estados partes violan el Pacto al mantener sistemas que no prevén la oportunidad de impugnar las decisiones por las que se deniega el registro de una comunidad[978]. La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha señalado que, además de la denegación explícita del reconocimiento de determinadas comunidades religiosas, también puede haber criterios discriminatorios indirectos que obstaculicen el establecimiento y el reconocimiento de una comunidad, por ejemplo, los requisitos relacionados con la ciudadanía o con tener un determinado número de miembros, los largos períodos de espera o los criterios que exigen al clero una dedicación exclusiva[979], que afectarán de manera desproporcionada a los grupos minoritarios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la prohibición de determinados grupos religiosos vulnera el derecho a la libertad de religión, como ilustra la prohibición impuesta por el Gobierno

[975] A/HRC/19/60, párr. 73.

[976] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Hermana Immaculate Joseph y 80 hermanas docentes de la Santa Cruz de Menzingen pertenecientes a la Tercera Orden de San Francisco de Sri Lanka c. Sri Lanka* (CCPR/C/85/D/1249/2004), párr. 7.4

[977] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Malakhovsky y Pikul c. Belarús* (CCPR/C/84/D/1207/2003).

[978] Comité de Derechos Humanos, *Hermana Immaculate Joseph y 80 hermanas docentes de la Santa Cruz de Menzingen pertenecientes a la Tercera Orden de San Francisco de Sri Lanka c. Sri Lanka* (CCPR/C/85/D/1249/2004).

[979] Véase, por ejemplo, A/HRC/19/60/Add.2.

de la Argentina a los Testigos de Jehová en 1976[980]. La Comisión ha detectado prácticas discriminatorias contra los Testigos de Jehová en varios Estados, como el Paraguay, donde el Gobierno retiró por la fuerza su personalidad jurídica en 1979[981]. La Comisión también ha señalado que los Estados tienen la obligación de aplicar políticas destinadas a controlar a los grupos que cometen actos discriminatorios, promueven el odio religioso, llevan a cabo actos de persecución religiosa u obstaculizan el ejercicio de los derechos religiosos[982].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la desigualdad de trato de las distintas comunidades religiosas o confesionales viola el Convenio Europeo de Derechos Humanos[983]. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, los Estados tienen la responsabilidad de garantizar, de manera neutral e imparcial, el ejercicio de las diversas religiones, confesiones y creencias[984], siendo la función del Estado salvaguardar la posibilidad del pluralismo[985]. El Tribunal ha determinado que los Estados partes violan las disposiciones de la Convención en los casos de denegación arbitraria o discriminatoria del registro o del reconocimiento de las comunidades religiosas[986]. También ha considerado ilegales las modificaciones legislativas que suponen la denegación o la supresión efectivas de la inscripción en el registro de las comunidades religiosas[987].

En su guía sobre el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Consejo de Europa resume la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este ámbito, señalando que la negativa a reconocer la *personalidad jurídica* de una comunidad religiosa o a concederle esa personalidad constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados en virtud del artículo 9, en su dimensión externa y colectiva, respecto de la propia comunidad, pero también de sus miembros[988]. La decisión de las autoridades de negarse a inscribir en el registro a un grupo afecta también directamente tanto al propio grupo como a sus presidentes, fundadores o miembros individuales[989]. En su jurisprudencia, el Tribunal ha interpretado además el artículo 9 a la luz del artículo 11, considerando que la negativa de las autoridades nacionales a conceder personalidad jurídica a una asociación de particulares equivale a una injerencia en el ejercicio por los demandantes de su derecho a la libertad de asociación[990]. En diversos casos, el Tribunal ha considerado que la mera tolerancia por el Estado de las actividades de una organización religiosa no reconocida no reemplaza el reconocimiento, pues solo este puede conferir derechos a los interesados[991]. El Tribunal ha establecido que la autorización expresa de las actividades de los grupos religiosos no reconocidos por la legislación pertinente es insuficiente si el derecho interno reserva toda una serie de derechos fundamentales para llevar a cabo actividades religiosas a las organizaciones registradas con personalidad jurídica[992]. En cuanto al tiempo

---

980 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Testigos de Jehová vs. Argentina*, caso 2137, resolución de 18 de noviembre de 1978.

981 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1979-1980* (1980), cap. V, secc. B, párr. 10.

982 *Ibid.*, cap. V, secc. D, párr. 4; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008* (2009), cap. VI, párrs. 364 a 367.

983 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria*, demanda núm. 40825/98, sentencia de 31 de julio de 2008.

984 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lautsi and others v. Italy*, demanda núm. 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011, párr. 60.

985 *Ibid.*, párr. 62.

986 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, demanda núm. 302/02, sentencia de 10 de junio de 2010.

987 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary*, demanda núm. 70945/11 y otros, sentencia de 8 de abril de 2014.

988 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion* (Estrasburgo, 2021), párr. 163. Este principio está bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*, demanda núm. 45701/99, sentencia de 13 de diciembre de 2001, párr. 105.

989 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, párr. 163.

990 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria*, demanda núm. 40825/98, sentencia de 31 de julio de 2008, párr. 62. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Genov v. Bulgaria*, demanda núm. 40524/08, sentencia de 23 de marzo de 2017, párr. 35.

991 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *İzzettin Doğan and others v. Turkey*, demanda núm. 62649/10, sentencia de 26 de abril de 2016, párr. 127; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought*, Conscience and Religion, párr. 165.

992 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, párr. 165.

de espera para que las autoridades examinen la solicitud presentada por organizaciones o grupos religiosos para que se les confiera personalidad jurídica, el Tribunal considera que los Estados tienen la obligación de mantener este proceso razonablemente breve a los efectos del artículo 9 de la Convención[993].

En este sentido, en las resoluciones judiciales se ha tratado a los grupos religiosos hasta cierto punto de forma diferente a los grupos étnicos. En los casos relativos a comunidades religiosas, la víctima puede ser tanto un miembro individual de la comunidad como la comunidad en sí. En los casos relativos a la discriminación contra minorías étnicas, es poco probable que el grupo en sí sea considerado como víctima, a menos que el caso se refiera a daños muy extremos, como el genocidio.

B. Discriminación por motivos de religión o de creencias en otros ámbitos de la vida

El derecho internacional prohíbe toda forma de discriminación —tanto directa como indirecta— por motivos de religión o de creencias en ámbitos como la educación, el empleo, la vivienda, la atención de la salud o el ejercicio de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos o sociales. Muchos casos de discriminación directa por motivos de religión o de creencias no plantean cuestiones jurídicas particulares aparte de las normas uniformes que prohíben la discriminación, detalladas anteriormente, por lo que no se analizan aquí. En cambio, en esta subsección se destacan determinadas cuestiones que se plantean de forma específica al considerar la discriminación por motivos de religión o de creencias, entre ellas: a) hasta qué punto las prendas de vestir y otras expresiones físicas de la religión o las creencias pueden constituir motivos legítimos para un trato diferente; b) los límites hasta los cuales se permite que las comunidades religiosas o de creencias concedan preferencias a correligionarios en ámbitos como el empleo o la vivienda; c) los ajustes razonables por motivos de religión o de creencias; y d) la exclusión voluntaria de la asistencia de la salud por motivos doctrinales.

1. Las prendas de vestir y los símbolos religiosos y la esfera pública

Tanto en el ámbito internacional como en el regional, sean presentado casos relacionados con las prendas de vestir religiosas u otras expresiones religiosas personales manifiestas (llevar joyas, cubrirse la cabeza o el pelo, etc.) de una amplia gama de grupos, entre ellos cristianos, judíos, musulmanes y sijes, por nombrar solo algunos. En general, los órganos y mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas han tendido a considerar más problemáticas las restricciones impuestas a la exhibición pública de símbolos religiosos que algunos órganos jurisdiccionales de ámbito nacional. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado restricciones a las prendas de vestir —o se ha negado a examinar asuntos— cuando los órganos de las Naciones Unidas han examinado casos y, de hecho, han considerado discriminatorias las prácticas de los Estados. También es característico de esta jurisprudencia que los tribunales hayan ponderado distintas consideraciones en función del ámbito de que se trate (empleo, educación, asistencia sanitaria, etc.).

Cuando los códigos relativos a las prendas de vestir, las normas sobre uniformes u otras normas relacionadas con la apariencia personal entran en conflicto con la práctica religiosa u otras manifestaciones físicas de las creencias religiosas, son *prima facie* indirectamente discriminatorias. En consecuencia, la justificación de la aplicación de tales normas está sujeta a una prueba de objetividad y razonabilidad[994]. Por ejemplo, en asuntos acumulados relativos a cristianos practicantes a los que se impedía llevar símbolos religiosos en el trabajo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que una prohibición de British Airways basada ostensiblemente en la necesidad de mantener una imagen corporativa uniforme no estaba justificada,

---

[993] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria*, demanda núm. 40825/98, sentencia de 31 de julio de 2008, párr. 79; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, párr. 168.

[994] Sobre esta prueba en sentido más amplio, véase la sección I.A.4 de la segunda parte de la presente guía.

mientras que una prohibición similar de un hospital, basada en consideraciones de salud pública, constituía una intromisión legítima y justificada en los derechos de la persona en cuestión[995].

En el ámbito de la educación, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que las restricciones impuestas a símbolos igualmente discretos que llevan algunos estudiantes[996] constituyen una violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque más restrictivo en relación con el margen concedido a los profesores para llevar prendas de vestir religiosas[997]. No obstante, sigue siendo fundamental el principio de que no es lícito permitir algunas formas de expresión religiosa (es decir, las de una religión mayoritaria), mientras se prohíben las de una minoría religiosa[998]. La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha elaborado un conjunto de indicadores "agravantes o neutrales", que pueden utilizarse para evaluar la legitimidad "desde la perspectiva de las normas de derechos humanos [de] las restricciones y prohibiciones al porte de símbolos religiosos". La imposición de restricciones por las autoridades estatales "de manera discriminatoria o con fines discriminatorios, por ejemplo, aplicada arbitrariamente a determinadas comunidades o grupos, como las mujeres" figura como indicador agravante, incompatible con las normas internacionales de derechos humanos[999].

Otra serie de cuestiones examinadas por los tribunales nacionales, regionales e internacionales se refiere al derecho de las personas a llevar el cabello cubierto por motivos religiosos en distintos entornos. En un caso digno de mención, presentado por un sij francés, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que no se pronunciaría sobre el fondo de un asunto relativo a la aplicación de la prohibición de llevar la cabeza cubierta en los documentos de identidad con fotografía porque la cuestión entraba en el margen de apreciación del Estado[1000]. Posteriormente se presentó un caso similar ante el Comité de Derechos Humanos, que examinó el caso y dictaminó que Francia había violado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al prohibir la medida[1001].

Las cuestiones relativas a la vestimenta religiosa han resultado ser un tema difícil para los tribunales de todo el mundo. En una sentencia ampliamente difundida dictada en 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó si la legislación francesa que imponía sanciones penales por la ocultación del rostro en espacios públicos (la denominada prohibición del burka) era compatible con los artículos 9 y 14 del Convenio Europeo[1002]. Si bien señaló que la prohibición tenía el efecto de limitar el derecho a manifestar la religión, el Tribunal sostuvo que la prohibición era justificable. El objetivo de la "convivencia" era legítimo en virtud del Convenio, y la prohibición era un medio necesario y proporcionado para lograr ese objetivo, que entraba en el margen de apreciación del Estado[1003]. En 2018, la legitimidad de la prohibición fue examinada de nuevo, esta vez por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Yaker c. Francia*[1004]. A diferencia de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité consideró que se habían violado los artículos 18 (libertad de religión) y 26 (no discriminación e igualdad ante la ley) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político[1005]. Según el Comité, el concepto de "convivencia" era "muy vago y abstracto", y las autoridades francesas no habían demostrado un vínculo racional entre el concepto y la protección de los derechos y

---

995 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Eweida and others v. the United Kingdo*m, demandas núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013. La Corte Constitucional de Colombia ha dictaminado que no se puede obligar a los estudiantes a llevar pantalones debido a su religión. Véase Corte Constitucional de Colombia, causa T-832/11, sentencia de 3 de noviembre de 2011. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-832-11.htm.

996 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Türkan c. Turquía* (CCPR/C/123/D/2274/2013).

997 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dahlab v. Switzerland*, demanda núm. 42393/98, decisión sobre la admisibilidad de 15 de febrero de 2001.

998 E/CN.4/2006/5, párr. 55.

999 *Ibid*., párr. 55 a).

1000 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mann Singh v. France*, demanda núm. 24479/07, decisión sobre la admisibilidad de 13 de noviembre de 2008

1001 Comité de Derechos Humanos, *Mann Singh c. Francia* (CCPR/C/108/D/1928/2010). Véase también el análisis del caso en Heiner Bielefeldt y Michael Wiener, *Religious Freedom Under Scrutiny* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2019), págs. 156 y ss.

1002 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.A.S. v. France*, demanda núm. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014.

1003 *Ibid*. párrs. 157 a 159.

1004 Comité de Derechos Humanos, *Yaker c. Francia* (CCPR/C/123/D/2747/2016).

1005 *Ibid*., párr. 9.

libertades de los demás[1006]. Incluso en el caso de que las autoridades lo hubieran hecho, el Estado no había demostrado que las sanciones penales fueran necesarias o proporcionadas[1007]. Aunque la ley era neutral desde el punto de vista formal, en el sentido de que no se dirigía explícitamente a ningún grupo religioso en particular, tuvo un impacto desproporcionado en el disfrute de los derechos de las mujeres musulmanas. Sobre esta base, el Comité sostuvo que las medidas eran indirectamente discriminatorias, y ordenó a Francia que revisara su legislación para eliminar el impacto discriminatorio y proporcionara reparaciones a la víctima[1008].

Otros órganos de tratados han examinado la necesidad de considerar las prohibiciones de cubrirse el pelo o la cara por motivos religiosos desde la perspectiva de la igualdad en el disfrute de los derechos, por ejemplo, el derecho a la intimidad, a la libertad de expresión y a participar en la dirección de los asuntos públicos y los derechos de las minorías. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha expresado en sus observaciones finales su preocupación por la falta de información sobre los efectos en las mujeres y las niñas de la prohibición de llevar velo, y ha exigido a los Estados que vigilen y evalúen estos efectos en particular por lo que se refiere a su acceso a la educación y al empleo[1009]. El Comité de los Derechos del Niño también ha expresado su preocupación por las normas que prohíben llevar velo a mujeres y niñas en oficinas gubernamentales y en escuelas y universidades[1010].

El ACNUDH ha publicado las siguientes orientaciones en este ámbito:

> **Si bien, como se ha afirmado en repetidas ocasiones, no se debe obligar a nadie a llevar un símbolo religioso, algunas personas consideran que los argumentos que hacen caso omiso de la voz de las mujeres en relación con la decisión de llevar velo, en particular el velo integral, ignoran la capacidad de acción y consentimiento de las mujeres. Algunas personas sostienen que, cuando está dictada por la presión social, la elección no es libre. Sin embargo, este argumento podría hacerse extensivo de forma peligrosa a la vigilancia del cuerpo de las mujeres y a la imposición por ley de lo que las mujeres deben o no deben, entre otras cosas, vestir. Aunque es razonable afirmar que el sistema patriarcal existente puede inducir a las mujeres y las niñas a ajustarse a las expectativas de la sociedad, incluso cuando limitan su libertad o perpetúan estereotipos nocivos, cabe preguntarse si las prohibiciones o restricciones legales, que castigan a la propia mujer, son la respuesta más adecuada o si, por el contrario, marginan y perpetúan aún más la discriminación[1011].**

Citando a la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, el ACNUDH ha señalado además que:

> **Las limitaciones no deben tener por objeto ni conllevar una discriminación explícita o una diferenciación camuflada en función de la religión o las creencias de que se trate. En los casos analizados, incluso cuando las restricciones parecen neutrales, en la práctica afectan de forma desproporcionada a las mujeres musulmanas. Sería necesario seguir investigando acerca de la medida en que las limitaciones existentes afectan a otros símbolos y cómo repercuten en otras personas o comunidades. Las experiencias de las mujeres musulmanas que llevan el pañuelo en la cabeza, más allá de la jurisprudencia, parecen mostrar casos generalizados de discriminación, así como de exposición a la violencia. Habida cuenta de la situación, los Estados deben ser conscientes de la forma en que las restricciones impuestas al uso del velo pueden estigmatizar aún más a las mujeres musulmanas e impedirles buscar reparación. Además, algunas de las ideas que se exponen en torno a los debates sobre el uso del velo pueden perpetuar percepciones estereotipadas y sesgadas sobre la fe musulmana y la función de la mujer[1012].**

Se plantea la cuestión de determinar si la aceptación de la cobertura completa del cuerpo es coherente con la obligación positiva que tienen los Estados, en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de poner fin a las prácticas tradicionales que conducen a la

---

[1006] *Ibid*., párr. 8.10.

[1007] *Ibid*., párr. 8.11.

[1008] *Ibid*., párr. 10.

[1009] Véanse, por ejemplo, CEDAW/C/BEL/CO/7, párrs. 18 y 19; y CEDAW/C/TUR/CO/6, párrs. 16 y 17.

[1010] Véase, por ejemplo, CRC/C/TUN/CO/3, párrs. 36 y 37.

[1011] ACNUDH, "Human rights of women wearing the veil in Western Europe" (2019), pág. 29.

[1012] *Ibid*., pág. 30. Véase también E/CN.4/2006/5, párr. 55.

subordinación de la mujer[1013]. Así, por ejemplo, la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha observado que: "debe prestarse especial atención a la protección de los derechos de la mujer, en particular en el contexto del uso del velo integral de la cabeza a los pies"[1014]. Se han planteado cuestiones similares en relación con el velo integral[1015].

Los sucesivos relatores especiales sobre la libertad de religión o de creencias han subrayado la importancia de salvaguardar tanto la libertad positiva de exhibir voluntariamente símbolos religiosos como la libertad negativa de no ser obligado a hacerlo. Así, por ejemplo, la Relatora Especial observó que un aspecto "negativo" de la libertad de religión o de creencias —el derecho a no ser presionado, en especial por el Estado o las instituciones del Estado, a tomar parte en prácticas religiosas— "no entraña el derecho a impedir que en el ámbito oficial se exhiban símbolos religiosos u otras manifestaciones de prácticas confesionales o religiosas". Este enfoque "iría claramente en contra del derecho humano a manifestar públicamente la propia religión o las propias creencias en forma individual o colectiva"[1016]. En cambio, "el propósito del elemento 'negativo' de la libertad de religión o de creencias es garantizar que nadie pueda ser presionado, en especial por el Estado, a profesar o practicar una religión o una creencia en contra de sus propias convicciones"[1017].

2. Las comunidades religiosas o de creencias como garantes de derechos

Otro asunto examinado en la jurisprudencia ha sido la cuestión de dilucidar si las propias comunidades religiosas o de creencias pueden establecer diferencias basadas en la religión o las creencias cuando actúan como empleadores o proveedores de vivienda o de atención de salud. En el ámbito laboral, está establecido que las comunidades religiosas o de creencias o las instituciones afiliadas a ellas solo pueden contratar de forma preferente a correligionarios para ocupar puestos de contenido doctrinal o dogmático explícito. No puede haber discriminación para los puestos que carezcan de contenido religioso o doctrinal.

ACLARAR LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA RELIGIOSA: *EGENBERGER C. EVANGELISCHES WERK FÜR DIAKONIE UND ENTWICKLUNG EV*

La cuestión de determinar si las organizaciones religiosas solo pueden contratar a correligionarios ha sido objeto de reiterados recursos judiciales en Alemania. Alemania cuenta con una serie de grandes organizaciones benéficas que constituyen un segmento importante de la fuerza de trabajo, muchas de las cuales reciben una importante financiación estatal. Los puestos de trabajo en estas organizaciones suelen tener un contenido religioso mínimo o nulo. En 2018, se presentó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso judicial contra la práctica de estas organizaciones de negarse a emplear a personas que no fueran correligionarios.

En 2012, Vera Egenberger solicitó trabajo en Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung, una organización benéfica de afiliación religiosa. El trabajo no tenía contenido doctrinal religioso; se trataba más bien de un puesto de consultoría para redactar un informe destinado a un organismo de las Naciones Unidas, puesto para el que estaba cualificada. El puesto se había anunciado estipulando que el candidato debía ser miembro de una iglesia protestante. La Sra. Egenberger fue preseleccionada pero no fue invitada a una entrevista para el puesto de trabajo. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung rechazó finalmente la candidatura de la Sra. Egenberger para ese puesto.

La Sra. Egenberger impugnó la denegación ante los tribunales alemanes, alegando que el proceso de selección y el trato correspondiente no eran compatibles con la prohibición de discriminación por motivos de religión o de creencias y se remitió a la Ley General de Igualdad de Trato de Alemania y a la Directiva

---

[1013] El artículo 5 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece: "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas... para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

[1014] A/65/207, párr. 34.

[1015] ACNUDH, "Human rights of women wearing the veil in Western Europe", pág. 8.

[1016] A/HRC/19/60/Add.1, párr. 31.

[1017] *Ibid.*

de la Unión Europea que prohíbe la discriminación en el empleo por motivos de religión o de creencias[1018]. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung alegó, entre otras cosas, que la religión era un requisito profesional legítimo, a pesar de la falta de contenido religioso del puesto en cuestión. El Tribunal del Trabajo de Berlín declaró que la Sra. Egenberger había sido objeto de discriminación, pero limitó la indemnización concedida en la causa. La causa se remitió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En abril de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falló a favor de la Sra. Egenberger, sosteniendo, entre otras cosas, que todo requisito relativo a la religión o las creencias debe ser proporcionado. La autopercepción de una organización no es suficiente a este respecto[1019].

3. Los ajustes razonables y la práctica religiosa

En función de la doctrina o práctica religiosa o de creencias de que se trate, así como de las creencias de cada creyente o practicante, algunas religiones o creencias pueden incluir normas o prácticas que requieran ajustes razonables, en particular —aunque no exclusivamente— en los ámbitos del empleo, la educación y la salud. Del mismo modo, también en función de la comunidad en cuestión, su doctrina y las creencias particulares del individuo, una persona puede tener derecho a "excluirse" de determinadas prácticas. Estas prácticas no deben dar lugar a discriminación alguna. El hecho de no atender solicitudes que no supongan discriminación contra otros constituirá discriminación.

En un informe de 2014 al Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias abogó por ampliar las disposiciones relativas a los ajustes razonables —formuladas principalmente en el marco de la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad— a las minorías religiosas o de creencias:

> **A nivel de instituciones concretas, se necesita una cultura de comunicación basada en la confianza y el respeto para determinar las necesidades específicas de las personas pertenecientes a minorías religiosas o de creencias. … La consagración del principio de ajuste razonable en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debería servir de punto de partida para analizar el papel de medidas similares en otras esferas de la lucha contra la discriminación, incluso la discriminación por motivos de religión o de creencias. Las políticas de eliminación de la discriminación no pueden ser totalmente eficaces a menos que también prevean la aplicación de medidas de ajuste razonable[1020].**

El Relator Especial recomendó que los Estados proporcionaran "servicios de asesoramiento y capacitación sobre diversidad para los empleadores de los sectores público y privado en relación con la tolerancia religiosa y la no discriminación en el lugar de trabajo. Esto debe incluir asesoramiento en materia de políticas de ajuste razonable que den cabida a la diversidad religiosa y de creencias en el lugar de trabajo"[1021]. Además, los encargados de formular políticas, los legisladores y los magistrados deberían tratar las peticiones de introducción de ajustes razonables como una parte importante de la lucha contra la discriminación por motivos de religión o de creencias. Se debe alentar "a los empleadores a adoptar políticas de ajuste razonable que den cabida a la diversidad religiosa o de creencias en el lugar de trabajo a fin de prevenir o corregir situaciones de discriminación... y para promover la diversidad y la inclusión"[1022]. Asimismo, "las instituciones nacionales de derechos humanos deberían elaborar programas de capacitación y cumplir una función de asesoramiento en esta esfera"[1023].

[1018] 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.

[1019] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, asunto C-414/16, sentencia de 17 de abril de 2018.

[1020] A/69/261, párrs. 70 y 71.

[1021] *Ibid*., párr. 77.

[1022] *Ibid*., párr. 81.

[1023] *Ibid*., párr. 86.

AJUSTES RAZONABLES POR MOTIVOS DE RELIGIÓN O DE CREENCIAS EN EL CANADÁ

En la denominada causa *Simpson-Sears*, un empleado se adhirió como miembro a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y comenzó a observar estrictamente el shabat desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta de sol del sábado. Así pues, informó a su empleador de que ya no podía trabajar los sábados, lo que dio lugar a un litigio. En su decisión, el Tribunal Supremo del Canadá se centró en la interpretación y aplicación de la legislación canadiense contra la discriminación. El Tribunal constató discriminación indirecta y consideró que existía la correspondiente obligación de realizar ajustes razonables, sin imponer una "carga desproporcionada" al empleador o a otra entidad que se ocupara de los ajustes[1024].

Un informe de alto nivel de 2008 estableció las condiciones para entender la doctrina de la "carga desproporcionada" en la legislación canadiense en casos relativos a ajustes razonables —denominados aquí personalización— en contextos médicos:

1. **Una solicitud de personalización de la atención no debe ir en contra del dictamen médico, las mejores prácticas y el código de ética profesional, y debe evaluarse a la luz de la urgencia clínica.**
2. **Una solicitud de personalización no debe contravenir las normas de seguridad, por ejemplo, la prevención de infecciones, la gestión de riesgos, etc.**
3. **Una solicitud de personalización no debe generar costes indebidos o que superen los límites organizativos desde el punto de vista humano, físico y financiero.**
4. **Una solicitud de personalización no debe redundar en perjuicio de los derechos y libertades de otros usuarios y otras partes[1025].**

4. Exclusión voluntaria en el ámbito de la salud

Otra cuestión conexa se refiere a la exclusión voluntaria de intervenciones sanitarias. Las exigencias doctrinales de algunas minorías religiosas no permiten la práctica de determinadas intervenciones sanitarias, por ejemplo, transfusiones de sangre, vacunaciones, intervenciones quirúrgicas y, en algunos casos, cualquier forma de medicina convencional.

En un asunto relativo a la denegación de la inscripción en el registro de una comunidad de Testigos de Jehová por la Federación de Rusia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció, al considerar que la prohibición era discriminatoria y, por tanto, ilegal, que:

> **la denegación por motivos religiosos de un tratamiento médico que podría salvar la vida constituye un problema de considerable complejidad jurídica, ya que implica un conflicto entre el interés del Estado en proteger la vida y la salud de sus ciudadanos y el derecho individual a la autonomía personal en el ámbito de la integridad física y las creencias religiosas[1026].**

Sin embargo, al anular la prohibición que pesaba contra la comunidad de los Testigos de Jehová, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

> **La capacidad de gestionar la propia vida en la forma que una persona elija incluye la oportunidad de realizar actividades que se consideren físicamente perjudiciales o peligrosas para la persona en cuestión. En el ámbito de la asistencia médica, incluso cuando la negativa a aceptar un tratamiento concreto pudiera conducir a un desenlace fatal, la imposición del tratamiento médico interferiría con su derecho a la integridad física y vulneraría los derechos protegidos en virtud del artículo 8 del Convenio. La libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico concreto, o de elegir una forma alternativa de tratamiento, es vital para los principios de libre determinación y autonomía personal. Un paciente adulto competente puede decidir libremente, por ejemplo, si se somete o no**

[1024] Tribunal Supremo del Canadá, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley (Vincent) v. Simpsons-Sears* [1985] 2 SCR 536.

[1025] Gérard Bouchard y Charles Taylor, *Building the Future: A Time for Reconciliation – Abridged Report* (Quebec, Government of Quebec, 2008), págs. 52 y 53. Disponible en https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/buildingthefutureGerardBouchardycharlestaylor.pdf.

[1026] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, demanda núm. 302/02, sentencia de 10 de junio de 2010, párr. 134.

> **a una intervención quirúrgica o a un tratamiento o, del mismo modo, si acepta una transfusión de sangre. Sin embargo, para que esta libertad tenga sentido, los pacientes deben tener derecho a tomar decisiones que estén de acuerdo con sus propias opiniones y valores, independientemente de lo irracionales, imprudentes o insensatas que puedan parecer a los demás. Muchas jurisdicciones establecidas examinaron los casos de Testigos de Jehová que se habían negado a recibir una transfusión de sangre y resolvieron que, si bien el interés público en preservar la vida o la salud de un paciente era indudablemente legítimo y muy sólido, debía ceder ante el interés superior del paciente de orientar el curso de su propia vida. Se subrayó que la libre opción y la libre determinación eran en sí mismas elementos fundamentales de la vida y que, en ausencia de indicios de la necesidad de proteger a terceros —por ejemplo, la vacunación obligatoria durante una epidemia—, el Estado debía abstenerse de interferir en la libertad individual de elección en el ámbito de la atención de la salud, ya que tal interferencia solo podía reducir y no aumentar el valor de la vida**[1027].

C. Discriminación por otras características en situaciones en las que la religión es un pretexto

Está establecido por ley que no es lícito mantener normas, políticas o prácticas promulgadas con referencia a doctrinas o sensibilidades religiosas o culturales afines que discriminen por motivos de sexo, orientación sexual, identidad de género u otras características[1028]. Los sucesivos relatores especiales sobre la libertad de religión o de creencias han establecido que el derecho de la mujer a la no discriminación prima sobre "las creencias intolerantes que se aducen para justificar la discriminación por motivos de género"[1029] y que la libertad de religión o de creencias nunca puede servir para justificar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y las niñas[1030]. El Relator Especial rechazó "toda pretensión de que las creencias religiosas puedan invocarse como 'justificación' legítima de la violencia o la discriminación contra las mujeres y las niñas o contra las personas por su orientación sexual o identidad de género. El derecho internacional es claro en cuanto a que los Estados pueden limitar la manifestación de la religión o las creencias, de plena conformidad con los criterios esbozados en el párrafo 3 del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a fin de proteger los derechos fundamentales de los demás, incluido el derecho a la no discriminación y a la igualdad, principio del que dependen todos los derechos humanos, incluido el derecho a la libertad de religión o de creencias"[1031].

1. Objeción de conciencia y sus límites

La objeción de conciencia al servicio militar —con frecuencia por motivos de religión o de creencias— es posiblemente una de las primeras formas de disidencia. Aunque la afirmación del Comité de Derechos Humanos de un derecho de objeción de conciencia al servicio militar como componente del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha evolucionado con el tiempo[1032], el Comité ha afirmado

---

[1027] *Ibid*., párrs. 135 y 136. En el presente caso, el Tribunal declinó pronunciarse sobre la cuestión de la discriminación en virtud del artículo 14, sosteniendo que no se planteaban cuestiones distintas en lo relativo a la prohibición de la discriminación y los derechos de libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9) y de reunión pública pacífica (art. 11), en los que el Tribunal constató violaciones.

[1028] El Comité de Derechos Humanos ha señalado que "el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas… con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición". Por lo tanto, "estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación". Véanse Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 22 (1993), párr. 8; y observación general núm. 34 (2011), párr. 32.

[1029] A/65/207, párr. 69. Véanse también A/68/268; y A/HRC/22/51.

[1030] A/68/290, párr. 30; y A/75/385.

[1031] A/HRC/43/48, párr. 69.

[1032] Bielefeldt, Ghanea y Wiener, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary*, en particular el capítulo 1.3.11 sobre la objeción de conciencia.

de forma inequívoca que no debe haber discriminación contra los objetores de conciencia[1033]. Tanto los órganos de tratados como los órganos regionales de derechos humanos reconocen el derecho a negarse, por motivos de conciencia, a cumplir el servicio militar obligatorio y a realizar en su lugar un servicio alternativo de carácter totalmente civil[1034].

Al menos desde el decenio de 1960, se ha intentado invocar y aplicar la objeción de conciencia más allá del ámbito del servicio militar, y se han hecho esfuerzos para dar efectividad al derecho de los profesionales de la medicina u otros funcionarios públicos a negarse a desempeñar funciones incompatibles con sus creencias personales, incluida la práctica de abortos, la certificación de divorcios y la realización de trámites matrimoniales o de registro civil para parejas lesbianas u homosexuales[1035]. En algunas jurisdicciones, los litigios se han hecho extensivos a la denegación de servicios como el suministro de tartas para bodas de personas gais o lesbianas, así como a la impugnación legal del requisito de que el seguro médico facilitado por el empleador incluya la anticoncepción. Estos procesos judiciales han permitido examinar la relación entre el derecho a la libertad de religión o de creencias, por una parte, y el derecho a la no discriminación, por otra[1036].

En algunas causas sometidas al Tribunal Supremo del Reino Unido se ha examinado la cuestión de determinar hasta qué punto los proveedores de servicios al público pueden negarse a atender a personas LGBTIQ+ debido a su religión o sus creencias, y se ha proporcionado una delimitación útil de las cuestiones que se plantean en esas causas. En la causa *Bull and another v. Hall and another*, el Tribunal Supremo examinó un recurso de apelación interpuesto por los propietarios de un hotel que ofrecía alojamiento y desayuno, tras haber sido objeto de una decisión de discriminación contra una pareja homosexual al negarse a proporcionarles la habitación doble que habían reservado[1037]. Los apelantes estipularon que "por un profundo respeto al matrimonio" las habitaciones dobles solo se alquilarían a "parejas casadas heterosexuales". El Tribunal Supremo acordó por unanimidad que los apelantes habían discriminado ilegalmente a los demandados y desestimó el recurso, señalando, entre otras cosas, que la motivación del apelante para discriminar no era relevante y que el hecho de permitir que una categoría de personas discriminara por motivos de orientación sexual supondría crear una categoría de personas que quedaría excluida de la legislación contra la discriminación. En *Ladele v. London Borough of Islington*, la demandante, Lillian Ladele, alegó que había sido discriminada por su empleador, el London Borough of Islington, porque le había exigido que oficiara ceremonias de uniones civiles entre personas del mismo sexo, y había rechazado su petición de que la autorizara a no hacerlo, fundándose en sus creencias cristianas[1038]. El Tribunal

---

[1033] "Muchas personas han reivindicado el derecho a negarse a cumplir el servicio militar (objeción de conciencia) sobre la base de que ese derecho se deriva de sus libertades en virtud del artículo 18. En respuesta a estas reivindicaciones un creciente número de Estados, en sus leyes internas, han eximido del servicio militar obligatorio a los ciudadanos que auténticamente profesan creencias religiosas y otras creencias que les prohíben realizar el servicio militar y lo han sustituido por un servicio nacional alternativo. En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias. Cuando este derecho se reconozca en la ley o en la práctica no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; del mismo modo, no habrá discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar". Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 22 (1993), párr. 11. En el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre varios casos relativos a los Testigos de Jehová y las limitaciones legítimas del derecho. La Comisión ha considerado que perseguir a miembros de esa religión por negarse a prestar juramento de fidelidad, a reconocer al Estado y sus símbolos y a servir en el ejército constituye una violación del derecho (véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Testigos de Jehová vs. Argentina*, caso 2.137, resolución de 18 de noviembre de 1978).

[1034] Para un resumen de las normas, véase Laurel Townhead, "International standards on conscientious objection to military service", edición revisada (Ginebra, Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, 2021). Disponible en www.quno.org/sites/default/files/resources/QUNO%20Conscientious%20Objection%20-%20International%20Standards_Revised%202021_FINAL.pdf.

[1035] Véase, por ejemplo, Reino Unido, Ley del Aborto (1967). Véase también, en el contexto de la atención médica, la Resolución 1763 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la objeción de conciencia en la atención médica legal.

[1036] El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha afirmado que: "la interpretación equivocada como antagonismo abstracto de la relación entre la libertad de religión o de creencias y la igualdad entre hombres y mujeres no hace justicia a la situación vital de muchos millones de personas, cuyos deseos, necesidades, reivindicaciones, experiencias y vulnerabilidad se hallan en la intersección de ambos derechos humanos, un problema que afecta de manera desproporcionada a las mujeres de las minorías religiosas. Por lo tanto, el Relator Especial hace hincapié en la importancia de defender una perspectiva holística de conformidad con la fórmula acuñada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que afirma que '[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí'. Sobre la base de esta perspectiva holística, que merece una defensa incluso en situaciones complicadas y tensas, el Relator Especial formula una serie de recomendaciones prácticas dirigidas a los Estados y a otras partes interesadas". Véase A/68/290, pág. 2. Véase también Michael Wiener, "Freedom of religión or belief and sexuality: tracing the evolution of the UN Special Rapporteur's mandate practice over thirty years", *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, núm. 2 (2017).

[1037] Tribunal Supremo del Reino Unido, *Bull and another v. Hall and another* [2013] UKSC 73.

[1038] Tribunal de Apelación del Reino Unido, *Ladele v. London Borough of Islington* [2009] EWCA Civ 1357 CA.

Supremo falló en contra de la Sra. Ladele, señalando que el London Borough of Islington había perseguido un objetivo legítimo, que oficiar ceremonias de uniones civiles era una tarea laica y que las obligaciones laborales de la Sra. Ladele no le impedían practicar su fe como deseara. En una causa más reciente de Irlanda del Norte, el Tribunal Supremo examinó si una pastelería había incurrido en discriminación ilegal al negarse a hacer una tarta con la inscripción "Support Gay Marriage" (Apoya el matrimonio homosexual). El Tribunal Supremo determinó que la pastelería no había discriminado, al considerar que se habría negado a hacer una tarta con ese lema para cualquier cliente, no solo para la demandante o para otras personas lesbianas, gais y bisexuales. Así, el Tribunal estableció una distinción entre la causa y su jurisprudencia anterior[1039]. Lo que estas causas dejan claro es que, cuando se prestan servicios al público, deben prestarse sin discriminación por motivos de orientación sexual (y otros motivos), independientemente de las creencias religiosas del proveedor del servicio.

En su informe temático de 2020 sobre la violencia de género y la discriminación en nombre de la religión o las creencias, el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias afirmó que:

> **Una esfera de especial preocupación en lo que respecta a la adaptación de la legislación nacional a las creencias religiosas es el uso de la objeción de conciencia por parte de las instituciones y los profesionales sanitarios que no están dispuestos a practicar abortos o a proporcionar acceso a anticonceptivos por motivos religiosos. En el Uruguay, por ejemplo, las mujeres pueden optar por abortar, pero en ciertas regiones hasta el 87 % de los proveedores de servicios médicos se niegan a realizar abortos. Los participantes en las consultas del Relator Especial procedentes, entre otros países, de los Estados Unidos de América, Kenya y Polonia señalaron que la invocación de "cláusulas de conciencia" previstas por ley había hecho que el acceso al aborto legal no estuviera efectivamente al alcance de las mujeres en grandes partes de sus países. El Relator Especial señala que el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por este fenómeno, y pone de relieve la ausencia de mecanismos eficaces de remisión para acceder a servicios médicos de aborto legal como resultado del ejercicio de la objeción de conciencia[1040]. El Relator Especial recuerda que el Comité de Derechos Humanos ha exhortado a los Estados a que velen por que las mujeres tengan acceso al aborto legal pese a que exista una objeción de conciencia del personal médico, que ha calificado como "obstáculo" al acceso (CCPR/C/POL/CO/7, párrs. 23 y 24; y CCPR/C/COL/CO/7, párrs. 20 y 21), y ha sugerido que la objeción de conciencia solo debería permitirse, si es que se permite, a los proveedores de servicios médicos de manera individual[1041]. El Relator Especial recibió información adicional sobre la discriminación de género por parte de particulares que se negaban a prestar servicios médicos o de otro tipo a mujeres, niñas y personas LGBT+ sobre la base de objeciones religiosas. En las consultas celebradas en los Estados Unidos, por ejemplo, se señaló que algunas personas se negaban a prestar servicios a las personas LGBT+, entre otros en las esferas de la planificación familiar y la atención prenatal, el tratamiento de la esterilidad, la adopción, la vivienda[1042], el alojamiento, el empleo y los servicios comerciales.… Además,... cada vez se estaba dando más cabida a las exenciones legales respecto a las medidas de lucha contra la discriminación por motivos de compromisos religiosos. Los participantes en las consultas sobre América señalaron que esos resultados habían dado lugar al despido de empleadas embarazadas por no estar casadas; a la denegación, por parte de los seguros, de cobertura de servicios legales de salud reproductiva; a la negativa a recetar anticonceptivos y las trabas para poder acceder a servicios de aborto legal; y a la denegación de servicios y tratamientos de salud a las personas LGBT+[1043].**

[1039] Tribunal Supremo del Reino Unido, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others* [2018] UKSC 49. El Tribunal también examinó si la negativa de la panadería a suministrar el pastel constituía discriminación por motivos de opinión política. El Tribunal decidió que no constituía discriminación, sosteniendo que la ley no podía obligar a los propietarios a suministrar una tarta glaseada con un mensaje con el que estaban profundamente en desacuerdo (párr. 50).

[1040] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), párrs. 14, 43 y 60; Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 15 (2013), párr. 69; y A/HRC/32/44.

[1041] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2019), párr. 8.

[1042] Sobre las obligaciones en materia de derechos humanos de las empresas privadas que prestan servicios tradicionalmente asumidos por el sector público, véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017), párr. 21.

[1043] A/HRC/43/48, párrs. 43 y 44. El ACNUDH ha señalado que: los Estados deben organizar su sistema sanitario para garantizar que no se impida a las mujeres el acceso a los servicios sanitarios debido al ejercicio de la objeción de conciencia por profesionales de la salud. Véase ACNUDH, "Information series on sexual and reproductive health and rights: abortion" (2020). Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB.pdf.

2. Legislación relativa a la familia y al estatuto personal: matrimonio, divorcio, herencia y sepelio

Las tensiones entre las normas tradicionales, religiosas o comunales, por un lado, y el derecho a la no discriminación, por otro, se han manifestado en varios ámbitos, en particular en la legislación relativa al matrimonio y la familia. En los casos en que las comunidades han afirmado un supuesto derecho a discriminar con referencia a las normas comunales, estas iniciativas han sido anuladas, por los tribunales o por los administradores.

El artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que:

> **1. Los Estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.**
>
> **2. Los Estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.**
>
> **3. Los Estados partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.**
>
> **4. Los Estados partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.**

Algunos Estados han tratado de formular reservas al artículo 15 en el momento de la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Los Estados también han formulado reservas al artículo 16 de la Convención, que prohíbe la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido sistemáticamente que tales reservas son ilegítimas, ya que son incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado, en contravención de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[1044].

En varias causas en el Canadá se ha examinado el papel de la legislación relativa a la igualdad y la no discriminación en la comprensión de las normas comunales. En una causa que se sometió al Tribunal Supremo del Canadá, una mujer judía ortodoxa había recurrido al sistema judicial porque su marido, judío ortodoxo, se había negado durante un período considerable a proporcionarle un "get", un certificado de divorcio expedido en la comunidad judía ortodoxa. El hecho de no recibir el "get" dejó a la mujer efectivamente en una situación de limbo social, con importantes consecuencias en su capacidad para construir una vida social digna tras la separación de su marido. Según la ley judía ortodoxa, solo el marido puede proporcionar un "get". En una sentencia firme y vinculante, el Tribunal Supremo dictaminó que los hechos expuestos violaban la ley canadiense de igualdad[1045].

3. Prácticas nocivas

Las prácticas tradicionales nocivas, incluida la mutilación genital femenina, son ilegales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Como ya se ha mencionado, los artículos 2 f) y 5 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer especifican que los Estados tienen la responsabilidad de poner fin a las prácticas culturales que conducen a la desigualdad entre hombres y mujeres. No se permiten excepciones en relación con la religión o las creencias ni con ninguna otra comunidad, tanto por motivos de la prohibición de tratos crueles o degradantes establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos

---

[1044] A/53/38/Rev.1, párrs. 1 a 25.

[1045] Ayelet Shachar, "Privatizing diversity: a cautionary tale from religious arbitration in family law", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, núm. 2 (2008).

o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como debido a la prohibición de la discriminación contra la mujer, establecida, entre otros instrumentos, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[1046]. El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África proscribe igualmente tales actos.

En su observación general núm. 28 (2000), el Comité de Derechos Humanos sostuvo que "los Estados partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto"[1047] y pidió a los Estados que informaran sobre la forma en que afrontaban las prácticas culturales o religiosas de comunidades minoritarias que afectaban a los derechos de la mujer: "Los derechos de que disfrutan los miembros de las minorías con arreglo al artículo 27 del Pacto respecto de su idioma, cultura y religión no autorizan a un Estado, a un grupo o una persona a vulnerar el derecho de la mujer al disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos amparados por el Pacto, incluido el que se refiere a la igual protección de la ley"[1048].

Recientemente, en algunos Estados han surgido movimientos para prohibir la circuncisión masculina. Aunque todavía no están claras las cuestiones relativas al derecho de los derechos humanos en este asunto, es evidente que el alcance de las cuestiones es algo diferente al de las relativas a la mutilación genital femenina. Al informar sobre la visita a Dinamarca, donde se estaba debatiendo la posibilidad de prohibir la circuncisión masculina, la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias no llegó a oponerse explícitamente a la prohibición, sino que se centró en la forma en que el debate público había intensificado el discurso negativo —en particular en Internet— contra judíos y musulmanes y la alarma que las propuestas habían causado en esas comunidades[1049].

Como ya se ha observado, en 2011, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño aprobaron orientaciones detalladas para poner fin a las prácticas nocivas, incluidos aspectos de estas cuestiones relacionados con las minorías y, en particular, con la necesidad de evitar estigmatizarlas[1050].

IV. IDIOMA, MINORÍAS LINGÜÍSTICAS, DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD E INCLUSIÓN

Los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prohíben la discriminación por motivos de idioma. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece disposiciones específicas sobre los derechos de las minorías lingüísticas y también indica que el idioma es un medio para identificar a las personas "pertenecientes a un grupo" y que comparten en común una cultura[1051]. En particular, en lo que respecta a las minorías lingüísticas, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que:

[1046] En su más reciente observación general sobre la violencia contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer resumió que: "la violencia por razón de género contra la mujer puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante en determinadas circunstancias, en particular en los casos de violación, violencia doméstica o prácticas Nocivas". A este respecto, el Comité se remite a los informes pertinentes de los titulares de mandatos de los procedimientos especiales, así como a las observaciones finales de los órganos de tratados, como el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017), párr. 16, y las citas incluidas en ella. Véanse también A/HRC/31/57; y A/HRC/7/3, párr. 36.

[1047] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000), párr. 5.

[1048] *Ibid*., párr. 32.

[1049] A/HRC/34/50/Add.1, párrs. 24 a 26. En el momento de redactar la presente publicación, Dinamarca no había adoptado esa prohibición.

[1050] Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño (2019).

[1051] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 5.1.

> **El derecho de las personas pertenecientes a una minoría lingüística a emplear entre ellas su propio idioma, en privado o en público, no debe confundirse con otros derechos lingüísticos amparados en virtud del Pacto. En particular, se debe distinguir este derecho del derecho general de libertad de expresión reconocido en virtud del artículo 19**[1052]**.**

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido asimismo que "puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma... en común con los otros miembros del grupo"[1053].

La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas reafirma que las minorías lingüísticas tienen derecho a "utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo"; "participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública"; "participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan"; "establecer y mantener sus propias asociaciones"; y "establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos"[1054].

En algunos ámbitos se han formulado orientaciones sobre el acceso a los servicios públicos en lenguas minoritarias, y se han afirmado en causas resueltas a nivel supranacional, por ejemplo:

- El derecho a votar y a participar en los servicios electorales mediante la prestación de estos servicios en lenguas minoritarias allí donde las minorías estén concentradas en número suficiente[1055].
- El derecho a la educación y a la enseñanza en lenguas minoritarias[1056].
- El derecho a acceder a los servicios gubernamentales en lenguas minoritarias en general, cuando proceda[1057].
- El derecho a utilizar libremente las lenguas minoritarias en los medios de comunicación audiovisuales, impresos y electrónicos, incluidos los del sector público, con un espacio suficiente y proporcionado[1058].
- El derecho a utilizar el nombre propio en su lengua en los documentos oficiales[1059].
- El derecho a utilizar las lenguas minoritarias en los procedimientos oficiales o administrativos[1060].

La Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías ha establecido que, para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con la lengua, las autoridades estatales deben:

- **Considerar que los derechos lingüísticos son una parte integrante de los derechos humanos.**
- **Reconocer y promover la tolerancia, la diversidad cultural y lingüística, y el respeto mutuo, la comprensión y la cooperación entre todos los sectores de la sociedad.**
- **Promulgar leyes y aplicar políticas que aborden los derechos lingüísticos y prescriban un marco claro para su implementación.**

[1052] *Ibid*., párr. 5.3.

[1053] *Ibid*., párr. 6.2.

[1054] Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, art. 2.

[1055] Véase, por ejemplo, Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, "Recomendaciones de Lund sobre la Participación Efectiva de las Minorías Nacionales en la Vida Pública, y nota explicativa" (La Haya, 1999). Disponibles en www.osce.org/files/f/documents/0/9/32240.pdf.

[1056] Comité de Derechos Humanos, *Mavlonov y Sa'di c. Uzbekistán* (CCPR/C/95/D/1334/2004).

[1057] Comité de Derechos Humanos, *Diergaardt y otros c. Namibia* (CCPR/C/69/D/760/1997).

[1058] Comité de Derechos Humanos, *Ballantyne y otros c. el Canada*, comunicaciones núms. 359/1989 y 385/1989. Véase también Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, "Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas. Una guía práctica para su aplicación" (Ginebra, ACNUDH, 2017), págs. 31 a 34.

[1059] Comité de Derechos Humanos, *Raihman c. Letonia* (CCPR/C/100/D/1621/2007).

[1060] Comité de Derechos Humanos, *Diergaardt y otros c. Namibia* (CCPR/C/69/D/760/1997).

- **Cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos siguiendo generalmente el principio de proporcionalidad en lo relativo al uso de diferentes idiomas por las autoridades estatales o a la hora de apoyar dichos idiomas, y el principio de libertad lingüística para las personas o los grupos particulares.**
- **Integrar el concepto de *oferta activa* como una parte integrante de los servicios públicos en reconocimiento de la obligación de un Estado de respetar y promover los derechos lingüísticos para que aquellas personas que utilicen lenguas minoritarias no tengan que solicitar de manera específica dichos servicios, sino que puedan acceder a ellos fácilmente cuando los necesiten.**
- **Establecer mecanismos efectivos para denunciar ante los órganos judiciales, administrativos y ejecutivos las violaciones de los derechos lingüísticos y obtener compensación**[1061].

De conformidad con las normas internacionales de derechos humanos resumidas anteriormente, así como con determinadas disposiciones específicas adicionales relativas a las lenguas minoritarias[1062], algunos Estados han adoptado disposiciones jurídicas particulares para establecer leyes nacionales sobre el derecho a utilizar esas lenguas[1063].

Al igual que ocurre con los demás motivos de discriminación analizados en el presente capítulo, las leyes contra la discriminación de los Estados deben prohibir la discriminación por motivos lingüísticos.

HURST V. STATE OF QUEENSLAND[1064]

Tiahna Hurst era una niña con sordera "entre grave y profunda" que dominaba la lengua de señas Auslan (una lengua de señas indígena australiana), pero que no podía utilizar esa lengua en el marco de las disposiciones educativas que le impuso el Estado de Queensland, porque las autoridades solo estaban dispuestas a proporcionarle apoyo en lengua de señas inglesa. La Sra. Hurst alegó que este requisito constituía una discriminación indirecta en virtud de la Ley de Discriminación por Discapacidad de 1992.

En los procedimientos judiciales, el Departamento de Educación de Queensland reconoció que estaba obligado a adoptar disposiciones especiales para la educación de las personas con deficiencias auditivas[1065]. El Estado de Queensland afirmó, sin embargo, que la Sra. Hurst podía recibir la enseñanza en inglés y seguir manteniendo la paridad con sus compañeros oyentes.

En apelación, el Tribunal Federal de Australia dictaminó que la denegación de la enseñanza en Auslan tenía un efecto perjudicial para la Sra. Hurst y que, en última instancia, podría negársele la oportunidad de desarrollar todo su potencial. El Tribunal sostuvo que una persona con deficiencia auditiva estaría

---

[1061] Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, "Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas. Una guía práctica para su aplicación", págs. 5 y 6, que se elaboró sobre la base de un informe de la Experta Independiente sobre cuestiones de las minorías de 2012 (A/HRC/22/49). La Relatora Especial señala que estas normas se han desarrollado en diversos documentos de orientación y normas internacionales, como la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, los Tres Principios de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre los idiomas y la educación, las diversas recomendaciones del Foro sobre Cuestiones de las Minorías con respecto a la aplicación de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, el Comentario temático núm. 3 del Comité Consultivo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa y las Recomendaciones de Oslo relativas a los derechos lingüísticos de las minorías nacionales (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa).

[1062] Véase, por ejemplo, el artículo 17 d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual los Estados se comprometen a: alentar "a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena".

[1063] Véase, por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución de Italia, que establece: la República salvaguarda mediante medidas adecuadas a las minorías lingüísticas. Esa disposición constitucional se ha complementado con legislación regional destinada a incentivar la promoción de las lenguas y culturas locales sobre la base de un marco normativo establecido en las Leyes núms. 482/1999 y 38/2001.

[1064] Tribunal Federal de Australia, *Hurst v. State of Queensland* [2006] FCAFC 100 (28 de julio de 2006).

[1065] El Departamento formuló una política a tal efecto titulada "Política de Comunicación Total". Esta Política consideraba la lengua de señas inglesa como el método de instrucción preferido para el desarrollo de las capacidades de comunicación y alfabetización. El Departamento de Educación de Queensland exigía que la Sra. Hurst recibiera clases en inglés (incluida la lengua de señas inglesa).

en grave desventaja si se le denegaba una ayuda del tipo solicitado. Por lo tanto, dictaminó que se había infringido la Ley de Discriminación por Discapacidad[1066].

Las cuestiones relativas a los derechos lingüísticos y la discriminación plantean en la práctica diversas cuestiones. De hecho, hay ámbitos de la vida en los que puede estar justificado establecer diferencias en función del idioma (el empleo en las administraciones públicas, por ejemplo), de modo que el idioma es uno de los motivos por los que es más probable que se permita la discriminación directa en comparación con la discriminación basada en otros motivos. Otro ejemplo de la complejidad de la discriminación en este ámbito es que muchas minorías lingüísticas son también minorías étnicas, por lo que la diferenciación lingüística puede dar lugar a una discriminación indirecta por motivos étnicos.

La cuestión de la educación en lenguas minoritarias es un motivo de preocupación constante. En algunas situaciones se ha considerado que el cierre forzoso de escuelas de lenguas minoritarias vulnera el derecho de los derechos humanos en el ámbito regional, al igual que el hecho de no impartir enseñanza en esas lenguas[1067]. Sin embargo, en otros casos, se ha determinado que el mantenimiento de escuelas de idiomas separadas da lugar a una segregación racial *de facto*: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al menos sobre un asunto en el que se proporcionaron instalaciones separadas con el pretexto del idioma para segregar por motivos étnicos[1068].

En algunos casos estos acuerdos también pueden crear problemas de no integración. En la práctica, en algunos contextos, el mantenimiento de escuelas de idiomas separadas en los niveles primario y secundario ha dado lugar a una notable emigración de las minorías para proseguir sus estudios en el nivel terciario, lo que a menudo ha causado su marcha definitiva. En algunos casos, se ha comprobado que el mantenimiento de instalaciones escolares separadas para los distintos grupos etnolingüísticos agrava las tensiones intercomunitarias, en particular cuando esto sucede en entornos segregados.

Ha surgido un movimiento generalizado hacia la promoción de la educación multilingüe, al menos en parte debido a un intento de resolver estas tensiones, pero sobre todo en el marco de los esfuerzos para consolidar sociedades dinámicas que acepten la diversidad. Así, por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha adoptado la siguiente posición sobre la cuestión de lograr el equilibrio:

1. **La UNESCO apoya *la enseñanza en la lengua materna* como medio de mejorar la calidad de la educación basándose en los conocimientos y la experiencia de los educandos y los docentes.**
2. **La UNESCO apoya *la educación bilingüe y/o plurilingüe* en todos los niveles de enseñanza como medio de promover a un tiempo la igualdad social y la paridad entre los sexos y como elemento clave en sociedades caracterizadas por la diversidad lingüística.**
3. **La UNESCO apoya los idiomas como componente esencial de la *educación intercultural* a fin de fomentar el entendimiento entre distintos grupos de población y garantizar el respeto de los derechos fundamentales[1069].**

El Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, al examinar la cuestión de la educación en lenguas minoritarias, ha pedido la adopción de un enfoque equilibrado que incluya tanto los derechos protegidos de las minorías como el acceso a los idiomas

---

[1066] Sin embargo, el Tribunal de Justicia subrayó que la sentencia no establecía que las autoridades educativas tuvieran que prever la enseñanza o la interpretación en Auslan para todo niño sordo que lo deseara, ni que Auslan fuera mejor que la lengua de señas inglesa como método de enseñanza para los niños sordos, ni que una autoridad educativa actuara necesariamente de forma irrazonable si se negaba a prestar asistencia en Auslan. El Tribunal lamentó lo que consideraba como un intento de politizar el caso por diversos grupos de interés.

[1067] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente, *Catan and others v. Moldova and Russia*, demandas núms. 43370/04, 8252/05 y 18454/06, sentencia de 19 de octubre de 2012; y asunto *"Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"*, demandas núms. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 y 2126/64, sentencia (fondo) de 23 de julio de 1968.

[1068] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Oršuš and others v. Croatia*, demanda núm. 15766/03, sentencia de 16 de marzo de 2010.

[1069] UNESCO, "La educación en un mundo plurilingüe: Documento de orientación de la UNESCO sobre la educación" (París, 2003), pág. 30. Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129728.

estatales u oficiales[1070]. El Alto Comisionado ha sostenido además a este respecto que: "El multilingüismo, y especialmente el aprendizaje de la lengua de las personas con las que se interactúa regularmente, es colectivamente enriquecedor y una herramienta para mejorar el entendimiento mutuo y la tolerancia"[1071]. En particular, en el ámbito de la educación, el Alto Comisionado recomienda:

> **Los Estados deben respetar el derecho de las personas pertenecientes a minorías a que se les enseñe su lengua o a recibir instrucción en esta lengua, según proceda, especialmente en las zonas en las que habitan tradicionalmente o en número considerable. Los Estados deben complementar esto mediante el establecimiento de sistemas educativos integrados y multilingües a todos los niveles, diseñados para proporcionar igualdad de acceso, oportunidades y resultados educativos a todos los alumnos, independientemente de su origen mayoritario o minoritario. Esta educación integrada debe incluir también la enseñanza a todos los alumnos acerca de la diversidad que existe en su sociedad[1072].**

Las buenas prácticas incluyen el establecimiento de entornos de enseñanza multilingües en los que todos los niños —incluidos los de las comunidades mayoritarias— reciban educación tanto en la lengua minoritaria como en la mayoritaria[1073].

ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE EN LENGUAS MINORITARIAS EN ESLOVENIA

En su cuarta opinión sobre la situación de las minorías en Eslovenia, el Comité Consultivo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, del Consejo de Europa, señaló las siguientes cuestiones en relación con la enseñanza y el aprendizaje en las lenguas minoritarias, que explican algunos de las dificultades en este ámbito:

> **80. En el marco actual del sistema educativo sigue impartiéndose enseñanza en las lenguas de las minorías nacionales italiana y húngara. Los representantes de las minorías expresaron su preocupación, reconocida por el Gobierno, por el hecho de que, en la práctica, los profesores carecen de los conocimientos lingüísticos necesarios para impartir enseñanza en la lengua minoritaria, debido a una formación inadecuada. Según el informe estatal, el Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte ha financiado varios proyectos de formación para mejorar los conocimientos lingüísticos y la metodología de enseñanza, con el apoyo de fondos europeos, a fin de resolver este problema. Las comunidades autónomas se han hecho cargo de los proyectos, en los que está previsto que participen 150 profesores durante el período 2016-2020. Además, los proyectos de modificación de la legislación relativa a la educación para las minorías italiana y húngara incluyen la obligación de que los profesores aprueben exámenes profesionales también en la lengua minoritaria. Por último, los profesores de países vecinos también pueden ser contratados temporalmente para enseñar en las escuelas. Las personas pertenecientes a las dos minorías nacionales y que viven fuera de las zonas autónomas tienen derecho a recibir enseñanza de idiomas como actividad extraescolar cuando se alcance el umbral mínimo de cinco alumnos. Aunque, según la información facilitada por la Oficina de Minorías Nacionales, en 2016 no se organizó ninguna clase de este tipo, se enseñó italiano como lengua extranjera fuera de la zona étnicamente mixta a unos 1.000 alumnos de educación primaria y 5.200 de secundaria superior. El Gobierno consideraba que a estas clases asistían también miembros de la comunidad italiana.**

[1070] Si bien los Estados tienen la obligación de proteger y promover las lenguas minoritarias y el derecho de las personas pertenecientes a minorías a aprenderlas y utilizarlas, las minorías comparten con las mayorías la responsabilidad de participar en la vida cultural, social y económica y en los asuntos públicos de su sociedad en general. Esta participación implica, por ejemplo, que las personas pertenecientes a minorías adquieran un conocimiento adecuado de la(s) lengua(s) estatal(es) u oficial(es). Véase Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, *Directrices de Liubliana sobre Integración de Sociedades Plurales* (La Haya, 2021), pág. 52. Disponible en www.osce.org/files/f/documents/0/9/96883.pdf.

[1071] *Ibid*., pág. 54

[1072] *Ibid*., pág. 55.

[1073] Por ejemplo, en el centro de enseñanza preescolar *Komşu* (vecino), una iniciativa privada que recibe financiación estatal en Kreuzberg, Berlín, estaban matriculados 125 niños a finales del decenio de 2000. Aproximadamente, un tercio eran turcos, un tercio alemanes y un tercio hijos de relaciones o matrimonios mixtos. Además, aproximadamente la mitad del personal era de habla turca. En cada clase o grupo había un miembro del personal que hablaba turco y otro que hablaba alemán. Al parecer, *Komşu* era popular entre diversos segmentos de la comunidad local y las plazas estaban muy solicitadas. Véase Lucy Hottmann, "Turkish language provision in Berlin", tesis presentada en la Universidad de Manchester (inédita), 2008, pág. 33.

81. El romaní se enseña en el marco de la asignatura optativa "cultura romaní" en los cursos 7º a 9º de educación primaria, aunque se ofrece en un número limitado de escuelas —debido a la falta de profesores cualificados y, según se informa, a la falta de interés de los niños romaníes— así como a través de actividades extraescolares, talleres y seminarios. Además, se organizan clases de romaní en los centros de enseñanza preescolar de los asentamientos romaníes. La enseñanza la imparten asistentes romaníes, cuyas cualificaciones van mejorando progresivamente hasta alcanzar el nivel requerido para la docencia. No obstante, el Comité Consultivo entiende que el proceso de enseñanza del romaní también se ve ralentizado por la actual normalización de la lengua. Mientras que las autoridades se refieren públicamente a tres lenguas, el Comité Consultivo entiende que se utilizan diversas variedades de la lengua romaní; sigue sin estar claro qué progresos se han hecho en el proceso de normalización y si ese compromiso ha sido aceptado por los romaníes. Sin embargo, la publicación de folletos del Defensor del Pueblo en diferentes lenguas romaníes es un avance positivo.

82. Por último, el Comité Consultivo acoge con satisfacción el hecho de que exista un sistema para garantizar la enseñanza de la primera lengua de las nuevas comunidades nacionales y de los inmigrantes, con cofinanciación ofrecida por el Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte. En 2015-2016, sin embargo, solo 465 niños asistieron a estas clases con una cofinanciación de 14.850 euros de las autoridades centrales y el apoyo combinado de otros Estados sucesores de Yugoslavia para los idiomas correspondientes. El alemán también se ofrece como lengua extranjera en la enseñanza ordinaria, mientras que la enseñanza de la lengua de Gottscheer, en peligro de extinción, se imparte de forma voluntaria durante un reducido número de horas. Además, no se sabe si el acuerdo cultural con Austria seguirá garantizando la enseñanza de la lengua de Gottscheer

Recomendaciones

83. El Comité Consultivo pide a las autoridades que prosigan sus iniciativas encaminadas a promover una formación de alta calidad en lenguas minoritarias para los profesores de italiano y húngaro. También deben apoyar la elaboración de material didáctico en las distintas lenguas romaníes, en estrecha colaboración con los representantes de la comunidad romaní, así como aumentar la enseñanza en estas lenguas.

84. En consulta con los representantes de las demás comunidades minoritarias, también deben promover y garantizar las condiciones adecuadas para la enseñanza y el aprendizaje de otras lenguas minoritarias, teniendo en cuenta las necesidades y los intereses de los posibles beneficiarios[1074].

El Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ha establecido que, "sea cual sea el modelo o enfoque que se aplique en relación con el uso de un idioma minoritario como medio de enseñanza, los niños siempre deben tener la oportunidad de aprender efectivamente el idioma oficial o mayoritario del lugar en el que viven"[1075].

El Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ha recomendado que se apliquen de forma general los siguientes principios en los países que imparten educación pública en lenguas minoritarias:

1. **El principio de *proporcionalidad*….**
2. **El principio de *oferta activa*, cuando la educación pública en idiomas minoritarios es accesible y se promueve activamente.**
3. **El principio de *inclusión*, según el cual todos los estudiantes deben tener la oportunidad de aprender el idioma oficial y todo lo relativo al entendimiento entre distintas culturas[1076].**

[1074] Consejo de Europa, Comité Consultivo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, "Fourth opinion on Slovenia", ACFC/OP/IV (2017)003 (2018), párrs. 80 a 84 (se han omitido las notas a pie de página).

[1075] A/HRC/43/47, párr. 66.

[1076] Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, "Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas. Una guía práctica para su aplicación", pág. 19. Véase también A/HRC/43/47, párr. 47.

Al explicar el principio de proporcionalidad, la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías establece que:

> **Al evaluar las razones que justifican cualquier preferencia lingüística en las políticas adoptadas o en el apoyo o los servicios prestados a todos los niveles por las autoridades estatales y las medidas adoptadas por estas, lo que se tiene en cuenta son las potenciales consecuencias negativas, como las desventajas o la exclusión, sobre las personas y no sobre los idiomas. Un enfoque básico para determinar si una preferencia lingüística está justificada es utilizar como punto de partida el principio de proporcionalidad, siempre que sea posible y según las circunstancias, en todos los asuntos lingüísticos relacionados con los servicios públicos. Las cuestiones relativas a las desventajas, la exclusión y la viabilidad son factores esenciales para fundamentar la aplicación de un enfoque proporcional al uso de idiomas minoritarios en los servicios públicos y en otras actividades del Estado[1077].**

La Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías ha observado que:

> **El uso proporcionado del idioma de las minorías en el ámbito de la educación, combinado con una enseñanza de calidad del idioma oficial:**
>
> 1. **Resulta a largo plazo más eficaz en función del costo.**
> 2. **Reduce las tasas de abandono escolar y de repetición.**
> 3. **Redunda en resultados académicos significativamente mejores, en particular en el caso de las niñas.**
> 4. **Mejora la capacidad para hablar con soltura y fluidez el idioma materno y el idioma oficial o el que habla la mayoría.**
> 5. **Redunda en una mayor participación y apoyo de las familias y las comunidades.**
> 6. **Así pues, el uso de idiomas minoritarios en las actividades administrativas del Estado y en otras actividades públicas plantea cuestiones fundamentales en lo relativo a la inclusión, la participación, el acceso, la calidad y la efectividad[1078].**

En su resolución de 2020 sobre los derechos de las minorías, centrada en particular en las recomendaciones formuladas en el 12º período de sesiones del Foro sobre Cuestiones de las Minorías, que examinó cuestiones relacionadas con la educación, el idioma y los derechos humanos de las minorías, el Consejo de Derechos Humanos instó a los Estados a que adoptaran diversas medidas sobre estas cuestiones, entre ellas:

> a) **Adoptar políticas, medidas legislativas o disposiciones prácticas para velar por que las personas pertenecientes a minorías tengan las mismas oportunidades que las demás de acceder a una educación de igual calidad, y por que esta se imparta en entornos inclusivos que permitan a todos alcanzar su máximo potencial;**
>
> b) **Considerar la posibilidad de ratificar los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes que protegen y promueven los derechos de las personas pertenecientes a minorías lingüísticas, entre ellos los relativos al derecho a la educación, así como de acceder y adherirse a ellos;**
>
> c) **Proporcionar a las personas pertenecientes a minorías, en la medida de lo posible, oportunidades adecuadas para aprender su propio idioma o recibir instrucción en su propio idioma, velando al mismo tiempo por que las minorías tengan acceso también a instrucción en los idiomas oficiales;**
>
> d) **Valorar la educación en idiomas minoritarios en la aplicación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4, destinado a garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos;**
>
> e) **Promover unos entornos educativos que respeten la diversidad lingüística y cultural y que estén libres de discriminación, estigmatización, incitación al odio y discursos de odio hacia**

[1077] Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, "Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas. Una guía práctica para su aplicación", págs. 14 y 15.

[1078] *Ibid*., págs. 15 y 16 (se han omitido las notas a pie de página).

personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas mediante campañas de educación pública e información y la capacitación de los educadores;

f) Abstenerse de la asimilación forzada de personas pertenecientes a minorías mediante, entre otras cosas, la prohibición de la educación en el idioma materno de las minorías o de la enseñanza de este;

g) Crear un entorno seguro y propicio para los representantes de la sociedad civil que velan por los derechos humanos de las personas pertenecientes a minorías en cuestiones lingüísticas y vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados de garantizar el acceso a los idiomas minoritarios, la educación impartida en esos idiomas y la enseñanza de estos;

h) Promover el acceso de las personas pertenecientes a las minorías a servicios administrativos, jurídicos y sanitarios valorando la posibilidad de ofrecerlos también en los idiomas de las minorías;

i) Velar por que se imparta educación en lengua de señas a la comunidad sorda cuando sea posible;

j) Elaborar y financiar programas para el desarrollo y la capacitación de profesores de idiomas minoritarios y promover esos programas entre las comunidades minoritarias;

k) Asignar los recursos necesarios para promover el acceso a la educación impartida en idiomas minoritarios y la enseñanza de estos;

l) Velar por que los planes de estudio no incluyan materiales que estereotipen a las minorías, incluidas las mujeres y las niñas pertenecientes a minorías, en razón de su origen étnico o su género;

m) Adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en idiomas minoritarios y la enseñanza de estos idiomas para las mujeres y niñas de las comunidades minoritarias, cuando proceda, teniendo en cuenta las formas múltiples e interseccionales de discriminación, marginación y exclusión a las que a menudo se ven sometidas a causa de su género y su condición de miembros de una minoría[1079].

Las cuestiones relativas a los derechos lingüísticos de las minorías han resultado ser lo suficientemente complejas como para que el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa haya proporcionado orientaciones particulares sobre algunos de sus aspectos[1080]. En estas y otras orientaciones, el Alto Comisionado:

Subraya la importancia de los siguientes elementos para lograr una buena gobernanza y fomentar la integración:

- **Reconocer, proteger y promover la identidad de las personas pertenecientes a minorías.**
- **Dar a las minorías la oportunidad de participar efectivamente en la vida pública, incluidos los procesos de adopción de decisiones políticas.**
- **Proporcionar a las minorías un acceso equitativo a los bienes públicos, incluidas las oportunidades económicas.**
- **Tener en cuenta las necesidades lingüísticas y educativas de las minorías, que están estrechamente relacionadas con el derecho de toda persona a desarrollar su identidad[1081].**

[1079] Resolución 43/8 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 6.

[1080] Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, "Recomendaciones de La Haya relativas a los Derechos Educativos de las Minorías Nacionales y nota explicativa" (La Haya, 1996) (www.osce.org/hcnm/hague-recommendations); "Recomendaciones de Oslo relativas a los derechos lingüísticos de las minorías nacionales, y nota explicativa" (La Haya, 1998) (www.osce.org/hcnm/oslo-recommendations); y, en un intento de destacar tanto la protección de los derechos de las minorías como su acceso a los bienes, los servicios y la inclusión en general, *Las Directrices de Liubliana sobre Integración de Sociedades Plurales*.

[1081] Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, "Pamphlet No. 9 of the UN Guide for Minorities" (2001), pág. 10. Disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities9en.pdf.

V. PARTICIPACIÓN REAL Y EFECTIVA DE LAS MINORÍAS Y PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

El artículo 2 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas establece obligaciones y requisitos relativos a la participación de las minorías. Entre ellos se incluye, en el artículo 2, párrafo 2, que "Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública", y en el artículo 2, párrafo 3, que "las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional". El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el goce de los derechos garantizados por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan"[1082].

Se plantean varias cuestiones en la intersección de los derechos de consulta y participación con el derecho a la no discriminación. ¿Puede, por ejemplo, una comunidad aceptar viviendas segregadas racialmente y cuál es la condición de las consultas que llegan a tal conclusión? ¿Puede una comunidad pedir al Estado que no intervenga para proteger a las mujeres y las niñas de prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, basándose en el derecho de la comunidad a participar en las decisiones que la afectan?

Como ha establecido el Comité de Derechos Humanos, las medidas positivas adoptadas para hacer efectivos los derechos de las minorías previstos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "deben respetar las disposiciones del artículo 2, párrafo 1, y el artículo 26 del Pacto, tanto en lo que se refiere al tratamiento de las distintas minorías como en lo relativo al tratamiento entre las personas pertenecientes a ellas y el resto de la población"[1083]. En términos más generales, el Comité también ha observado "no se puede ejercer en forma legítima ninguno de los derechos protegidos por el artículo 27 del Pacto de un modo o en una medida incompatible con las demás disposiciones del Pacto"[1084].

Así pues, las medidas relativas a la consulta adoptadas por el Estado —o las medidas adoptadas a raíz de dicha consulta— no pueden dar lugar a discriminación. Es ilícito tanto plantear cuestiones discriminatorias mientras se pretende llevar a cabo una "consulta con los grupos afectados", como aceptar acciones u omisiones discriminatorias basadas en el razonamiento o la mención de la participación de las comunidades minoritarias. Tampoco son válidas las consultas con respuestas "sí-no", en las que las comunidades "participan" eligiendo entre varias opciones desfavorables. Como ya se ha indicado, la discriminación puede ser tanto intencionada como no intencionada: la discriminación es una cuestión de hecho y no de intención y, como tal, el consentimiento obtenido mediante consulta no justifica actos discriminatorios.

Asimismo, como ya se ha expuesto anteriormente, el Comité de Derechos Humanos ha observado que los derechos previstos en el artículo 27 "no autorizan a un Estado, a un grupo o una persona a vulnerar el derecho de la mujer al disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos amparados por el Pacto, incluido el que se refiere a la igual protección de la ley"[1085]. Basándose en el razonamiento del Comité en su observación general núm. 23 (1994), la misma norma es aplicable a la discriminación por cualquier motivo. En este sentido, queda claro que el Estado no puede consentir que en una comunidad minoritaria se discrimine sobre la base de la consulta o la participación; de lo contrario incumpliría su obligación de garantizar el goce del derecho a la no discriminación en igualdad de condiciones.

[1082] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), párr. 7.

[1083] *Ibid*., párr. 6.2.

[1084] *Ibid*., párr. 8.

[1085] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000), párr. 32.

REUBICACIÓN DE MINORÍAS Y DISCRIMINACIÓN EN SERBIA

En Serbia, los promotores inmobiliarios de Belgrado, en colaboración con las autoridades municipales, intentaron desalojar a romaníes que vivían en viviendas marginales situadas en zonas con bienes inmuebles excelentes en el centro de la ciudad. Tras una movilización cívica e internacional para detener los desalojos, las autoridades de Belgrado acordaron un programa de realojamiento financiado por la Unión Europea y donantes bilaterales. Sin embargo, los diversos programas colocaron a los romaníes reubicados en viviendas concentradas en las afueras de la ciudad, a menudo en tensión con las comunidades locales mayoritarias o con otras comunidades romaníes a las que fueron trasladados los romaníes desalojados. En la consulta con los grupos afectados se evitó ofrecer la opción de viviendas integradas; a menudo simplemente se planteaban cuestiones sobre el establecimiento de prioridades entre las personas que debían ser trasladadas, dando lugar en algunos casos a conflictos internos en la comunidad.

El contexto específico era de un alto grado de antipatía hacia los romaníes; como observó el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto: el número desproporcionado de desalojos de romaníes y el hecho de que las autoridades no proporcionaban servicios básicos ni garantizaban la seguridad jurídica de la tenencia a los residentes en los asentamientos reflejaba la estigmatización y discriminación de los romaníes[1086]. El Relator Especial formuló, en consecuencia, la siguiente observación:

> **En abril de 2012, el anterior titular del mandato hizo un llamamiento urgente en relación con el desalojo de unos 240 hogares, principalmente romaníes, del asentamiento de Belvil, en Belgrado. Aunque fueron reubicados en cuatro asentamientos en la periferia de la ciudad, las condiciones de vida en los lugares de reasentamiento temporal (conocidos como "asentamientos de contenedores") no cumplían las normas internacionales, la ubicación de los lugares no era ideal, no había acceso a los servicios públicos y no se había consultado ni informado de forma adecuada a los residentes. En su respuesta a la apelación, el Gobierno señaló que efectivamente se habían celebrado consultas, que las familias habían acordado la asignación de viviendas móviles con la Secretaría de Bienestar Social y que el realojamiento voluntario del asentamiento se había llevado a cabo sin recurrir a la fuerza. El Relator Especial señala que, incluso en el momento del reasentamiento, las disposiciones provisionales no cumplían la obligación de garantizar una vivienda adecuada. El hecho de que los residentes sigan habitando viviendas provisionales al cabo de más de tres años hace que la situación sea aún más problemática, y no puede considerarse aceptable en virtud del derecho internacional de los derechos humanos[1087].**

VI. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como ya se ha indicado, aunque el Comité de Derechos Humanos reconoce que los Pueblos Indígenas entran en el ámbito de la disposición relativa a los derechos de las minorías del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la aprobación en 2007 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece una diferencia entre los Pueblos Indígenas y otras minorías debido al considerable fortalecimiento de los derechos reconocidos en la Declaración. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido posteriormente que la Declaración refleja los derechos de los indígenas, haciendo referencia a la Declaración en su análisis de los derechos de los indígenas e interpretando el artículo 27 del Pacto a la luz de la propia Declaración[1088].

Los derechos protegidos por la Declaración incluyen los derechos colectivos a la libre determinación (art. 3); a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art. 4); los derechos sobre la tierra (véase más adelante); y al consentimiento libre, previo e informado como "manifestación del derecho de los Pueblos

---

[1086] A/HRC/31/54/Add.2, párr. 44.

[1087] *Ibid*., párrs. 45 y 46.

[1088] Comité de Derechos Humanos, *Sanila-Aikio c. Finlandia* (CCPR/C/124/D/2668/2015); y *Käkkäläjärvi y otros c. Finlandia* (CCPR/C/124/D/2950/2017).

Indígenas a determinar por sí mismos sus prioridades políticas, sociales, económicas y culturales" (arts. 10 y 11, 19, 28, 29 y 32)[1089]. Estas disposiciones carecen de equivalente en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha observado que, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, estos derechos son tanto colectivos como individuales:

> **Los Pueblos Indígenas tienen derecho a disfrutar, como colectivo y como individuos, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales garantizados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en pie de igualdad con todos los demás pueblos e individuos. El respeto de la libre determinación de los Pueblos Indígenas y sus sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra exige que se reconozca su propiedad colectiva de tierras, territorios y recursos. … Esos sistemas se ven menoscabados por la institución de derechos territoriales individuales, en lugar de colectivos, y el otorgamiento de atribuciones sobre las tierras que consuetudinariamente han sido propiedad de Pueblos Indígenas del Estado de que se trate[1090].**

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también ha señalado que los derechos colectivos "ocupan un lugar central en la jurisprudencia internacional y regional", citando la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[1091].

En 2020, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas llevó a cabo un estudio exhaustivo sobre el derecho a la tierra. Afirmó que:

> **Para los Pueblos Indígenas, la tierra no es solo, ni siquiera principalmente, un activo económico. Es el elemento que define su identidad y cultura y su relación con los antepasados y las generaciones futuras. El acceso a las tierras, territorios y recursos se obtiene a través de la pertenencia a la comunidad, no del mercado libre. En el caso de los Pueblos Indígenas, los derechos territoriales suelen ser intergeneracionales y, por lo tanto, conllevan una obligación de administrarlos en beneficio de los miembros presentes y futuros y como base para seguir existiendo como pueblo[1092].**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas trata ampliamente los derechos de los Pueblos Indígenas con respecto a la tierra. El artículo 25 establece que los Pueblos Indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado. El artículo 26, párrafo 1, establece que los Pueblos Indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; el artículo 26, párrafo 2, dispone que los Pueblos Indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos tradicionales; mientras que el artículo 26, párrafo 3, establece que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de las tierras, territorios y recursos de los Pueblos Indígenas, respetando sus costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra. El artículo 27 exige a los Estados que establezcan "un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente", en cooperación con los Pueblos Indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los Pueblos Indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos. Los derechos de los Pueblos Indígenas a la tierra también se fundamentan en los artículos 46 (que establece que la Declaración no se interpretará en el sentido de que implica, autoriza o alienta acción alguna encaminada a "quebrantar o menoscabar" la integridad territorial de los Estados y que los derechos enunciados en la Declaración estarán sujetos exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos) y 22 (que exige que se preste particular atención a los derechos de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas). Estos derechos han sido reconocidos reiteradamente

[1089] A/HRC/39/62, párr. 14.

[1090] A/HRC/45/38, párrs. 6 y 7.

[1091] *Ibid*., párr. 7.

[1092] *Ibid*., párr. 5.

por los órganos de tratados en decisiones sobre casos individuales[1093], así como en los sistemas africano e interamericano de derechos humanos[1094]. Además, son objeto de un amplio reconocimiento jurisprudencial por los tribunales nacionales[1095].

A nivel regional, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su sentencia histórica de 2017 relativa a los derechos de los pueblos ogiek en Kenya, sostuvo que los ogiek eran un pueblo indígena y, de conformidad con la Constitución de Kenya, debían recibir por ello protección especial[1096]. La Corte señaló que su solicitud de reconocimiento como tribu se remontaba al periodo colonial, cuando su petición fue rechazada por la entonces Comisión de Tierras de Kenya en 1933[1097]. Según la legislación nacional, en Kenya solo los pueblos que tenían la condición de tribu recibían tierras como "reservas especiales" o "reservas comunales". En consecuencia, el Tribunal sostuvo que, si a otros grupos que estaban en la misma categoría de comunidades que los ogiek —que conservan un modo de vida tradicional, con un carácter cultural distintivo muy dependiente del medio natural— se les concedía el reconocimiento de su condición y de los derechos resultantes, el hecho de que Kenya se negara a reconocer a los ogiek y a otorgarles los mismos derechos violaba el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (no discriminación)[1098].

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado de forma similar los derechos de los Pueblos Indígenas. Por ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, la Corte sostuvo que Nicaragua no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para permitir la delimitación, demarcación y titulación de las tierras comunales reclamadas por la comunidad Awas Tingni, ni había tramitado en un plazo razonable el recurso de amparo interpuesto por miembros de la comunidad. En consecuencia, la Corte determinó que se había violado el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el derecho a la propiedad (art. 21), en relación con la obligación de respetar los derechos sin discriminación alguna (art. 1, párr. 1)[1099]. Asimismo, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte observó que la falta de reconocimiento de los derechos de propiedad colectiva de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras ancestrales al igual que en el caso de otras formas de propiedad constituía una violación del derecho a la propiedad (art. 21), en relación con la obligación de respetar los derechos sin discriminación alguna (art. 1, párr. 1)[1100]. Como las tierras ancestrales de la comunidad Sawhoyamaxa habían sido expropiadas, la Corte también llegó a la conclusión de que se había violado el derecho a la vida (art. 4) ya que los miembros de la comunidad se habían visto privados de sus medios de subsistencia tradicionales y obligados a vivir en condiciones de pobreza extrema, sin acceso a servicios básicos esenciales, como el agua, los alimentos, la educación y los servicios de atención de la salud[1101].

[1093] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Anton c. Argelia* (CCPR/C/88/D/1424/2005).

[1094] Véanse, por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, comunicación núm. 276/2003, decisión, 11 a 25 de noviembre de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*, sentencia de 25 de noviembre de 2015; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09) (2009).

[1095] Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de Australia, *Northern Territory v. Mr. A. Griffiths (deceased) and Lorraine Jones on behalf of the Ngaliwurru and Nungali Peoples*, sentencia de 19 de junio de 2019; Tribunal Superior de Guyana, *Thomas and Arau Village Council v. Attorney General of Guyana and another*, sentencia de 30 de abril de 2009; y Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Carcieri v. Salazar*, 555 U.S. 379 (2009).

[1096] Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, demanda núm. 006/2012, sentencia de 26 de mayo de 2017.

[1097] *Ibid*., párr. 141.

[1098] *Ibid*., párr. 142.

[1099] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 137, 139 y 155

[1100] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrs. 120 y 144

[1101] *Ibid*., párr. 178.

EL CONGO: UNA LEY NACIONAL QUE GARANTIZA LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En 2011, el Congo aprobó la Ley núm. 5-2011 de Promoción y Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas[1102].

La Ley se centra específicamente en las condiciones desfavorecidas de los Pueblos Indígenas y promueve sus derechos colectivos e individuales. Prohíbe la discriminación de los indígenas (art. 2) y les garantiza una serie de derechos civiles y políticos, incluido el acceso a la justicia en igualdad de condiciones (art. 10). Afirma el derecho de los Pueblos Indígenas a recurrir a sus propias costumbres para la resolución de conflictos (art. 11) y prevé el reconocimiento de los Pueblos Indígenas como entidades administrativas (art. 12).

Se garantizan derechos económicos, sociales y culturales específicos: el Título 6 de la Ley aborda los derechos laborales y establece un marco para la protección del derecho al trabajo y diversas medidas positivas para garantizar el disfrute de esos derechos. El artículo 27 prohíbe cualquier forma de discriminación contra los Pueblos Indígenas en cuanto al acceso al empleo, las condiciones de trabajo, las oportunidades de formación, la remuneración y la seguridad social. Se prohíbe expresamente el trabajo forzoso o la esclavitud de los Pueblos Indígenas y se imponen medidas punitivas a quienes infrinjan esta prohibición (art. 29).

El Título 3 de la Ley reconoce el derecho de los Pueblos Indígenas a mantener su propia cultura (arts. 13 y 14), garantiza sus derechos de propiedad intelectual respecto a los conocimientos tradicionales, incluido el derecho a beneficiarse de su uso (art. 15), y prevé la protección de los objetos culturales y espirituales y los lugares sagrados (art. 16). También se protegen las farmacopeas tradicionales indígenas (art. 24), y se prohíbe cualquier intento de limitar la capacidad de los Pueblos Indígenas para practicar su medicina tradicional, estableciéndose medidas punitivas para el incumplimiento de esta prohibición (art. 25).

El Título 4 de la Ley versa sobre la educación y garantiza el acceso sin discriminación a la educación (art. 17). El Estado se compromete a aplicar programas educativos apropiados para las necesidades y los estilos de vida específicos de los Pueblos Indígenas (art. 19). El artículo 18 prohíbe cualquier forma de instrucción o información que menosprecie las identidades culturales, las tradiciones, la historia o las aspiraciones de los Pueblos Indígenas. El artículo 21 deja claro que el Estado debe adoptar medidas especiales para velar por que los niños indígenas reciban asistencia financiera en todos los niveles del sistema educativo.

También se garantiza el acceso no discriminatorio a la atención de la salud y a todos los demás servicios sociales (art. 22). La Ley dispone que los centros que prestan estos servicios deben adaptarse a las necesidades de los Pueblos Indígenas en las zonas en las que viven (art. 23, párr. 1); prevé la participación de trabajadores de la salud indígenas en los servicios de atención primaria de la salud integrados, y la organización por el Estado de programas de vacunación y campañas de sensibilización sobre la salud reproductiva (art. 23, párr. 2). La Ley prevé además que se tengan en cuenta las necesidades específicas en materia de salud de las mujeres y los niños indígenas (art. 23, párr. 3).

La Ley protege también los derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras y recursos. Establece que los Pueblos Indígenas, de forma colectiva e individual, tienen derecho a la propiedad, a la posesión, al acceso y al uso de las tierras y recursos naturales que han utilizado u ocupado tradicionalmente para su subsistencia, farmacopea y trabajo (art. 31). El Estado debe facilitar la delimitación de estas tierras sobre la base de los derechos consuetudinarios indígenas, y tiene la obligación de garantizar el reconocimiento legal de la titularidad de conformidad con los derechos consuetudinarios, incluso en los casos en que los Pueblos Indígenas no hubieran poseído previamente ningún tipo de título oficial (art. 32).

Además, la Ley prevé la celebración de consultas sobre las medidas que afecten a tierras o recursos indígenas o que conlleven la creación de zonas protegidas que incidan en las formas de vida de los Pueblos Indígenas (art. 39). Esta disposición complementa el artículo 3 de la Ley, que prescribe la consulta con

[1102] A continuación figura un resumen de los párrafos 40 a 48 del documento A/HRC/18/35/Add.5.

los Pueblos Indígenas antes examinar, formular o aplicar cualquier programa o proyecto legislativo, administrativo o de desarrollo que pueda afectarles de forma directa o indirecta. El artículo 3 también expone brevemente las características básicas de las consultas requeridas en términos que se ajustan en general a las normas internacionales, y prevé además los procedimientos establecidos por un decreto del Consejo de Ministros para la consulta y la participación de los Pueblos Indígenas. El artículo 3, párrafo 6, dispone que las consultas deben llevarse a cabo con buena fe, sin presiones ni amenazas, y con miras a obtener el consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas pertinentes.

CUARTA PARTE:

VIOLENCIA DISCRIMINATORIA Y DELITOS DE ODIO

RESUMEN

- **El derecho internacional de los derechos humanos exige el reconocimiento explícito de una motivación basada en prejuicios cuando se han llevado a cabo actos violentos o delictivos de otro tipo por razones relacionadas con uno o más motivos de discriminación.**
- **El derecho penal y de faltas debe prever el reconocimiento de una motivación basada en prejuicios para los delitos o faltas cometidos por cualquier motivo reconocido en el derecho internacional. Este reconocimiento puede hacerse mediante la designación de disposiciones penales específicas relativas a la violencia discriminatoria o a los delitos de odio, o mediante la adición de disposiciones de calificación sobre la motivación basada en prejuicios a las disposiciones penales relativas a actos específicos. Si se adopta este último enfoque, es importante que se reconozca la motivación basada en prejuicios en relación con todos los posibles actos delictivos y faltas pertinentes.**
- **La lista de motivos establecida en el derecho penal debe ser necesariamente cerrada (es decir, no debe incluir la categoría "u otra condición similar"), debido al requisito de previsibilidad del derecho penal.**

Para cumplir sus compromisos y obligaciones dimanantes del derecho internacional de eliminar "todas las formas de discriminación", los Estados deben tipificar como delito la violencia discriminatoria y otros actos de naturaleza delictiva motivados por prejuicios. La violencia discriminatoria y los delitos de odio se tratan de forma diferente a otras formas de discriminación, que se rigen casi siempre por el derecho civil y administrativo, en lugar del derecho penal[1103]. Debido a las singulares consideraciones técnicas y de procedimiento que se aplican a las cuestiones de derecho penal, la violencia discriminatoria y los delitos de odio se regulan por lo general en disposiciones específicas del derecho penal de un Estado. La prohibición de estos actos sigue siendo fundamental para las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y dar efectividad al derecho a la no discriminación y garantizar un recurso efectivo a las víctimas. Por lo tanto, se ofrece aquí una descripción básica de estos actos y de su tratamiento en el marco del derecho internacional.

La expresión "violencia discriminatoria" se refiere a todos los actos violentos que se cometen a causa de una condición protegida de una persona. El requisito de tipificar como delito la violencia discriminatoria está firmemente establecido en el derecho internacional.

Esta prohibición se hace explícita en el artículo 4 a) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que exige a los Estados que declaren "como acto punible conforme a la ley… todo acto de violencia" contra personas a causa de su raza, color u origen étnico. Asimismo, el artículo 16, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados que adopten todas las medidas necesarias "para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género". Si bien la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no hace referencia explícita a la violencia discriminatoria, el Comité pertinente ha prestado mucha atención a la violencia de género contra la mujer, que ha definido como "una forma de discriminación que impide gravemente que la mujer goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" y que, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la Convención[1104]. Como se expone más adelante, el Comité ha desarrollado la obligación de los Estados de "velar por que todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer en todas las esferas que constituyan una violación de su integridad física, sexual o psicológica se tipifiquen como delito e introducir, sin demora, o reforzar, sanciones legales proporcionales a la gravedad del delito, así como recursos civiles"[1105].

[1103] El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado el uso de sanciones penales en algunos casos. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Lacko c. la República Eslovaca* (CERD/C/59/D/11/1998).

[1104] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19 (1992), párrs. 1 y 6; y recomendación general núm. 35 (2017), párr. 1.

[1105] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017), párr. 29 a).

El derecho a la "seguridad personal", reconocido en el artículo 9, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe toda forma de violencia, en particular por motivos discriminatorios como la orientación sexual, la identidad de género y la discapacidad[1106]. El Comité de Derechos Humanos ha confirmado que la respuesta necesaria a este tipo de violencia incluye la "aplicación de la legislación penal"[1107]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha abordado la violencia como parte del derecho a la salud en virtud del artículo 12 del Pacto[1108].

VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género se reconoce como una forma de discriminación que requiere una respuesta legislativa específica, sólida y general. En su recomendación general núm. 19 (1992), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer define la violencia de género como "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada"[1109]. En su posterior recomendación general núm. 35 (2017), el Comité observó que esa violencia podía adoptar "múltiples formas, a saber: actos u omisiones destinados a o que puedan causar o provocar la muerte o un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres, amenazas de tales actos, acoso, coacción y privación arbitraria de la libertad"[1110].

En virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados deben adoptar medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y son responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia[1111]. Estas medidas deben incluir el uso de sanciones penales cuando se viole la "integridad física, sexual o psicológica" de una mujer; junto a los recursos civiles[1112]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha considerado que algunos Estados han vulnerado las disposiciones de la Convención pertinente en casos relativos a violación[1113], violencia doméstica[1114], esterilización forzada[1115] y otras formas de violencia de género, y ha dado, en todas esas decisiones, instrucciones muy detalladas sobre los recursos. Los tribunales regionales han seguido la jurisprudencia del Comité, por ejemplo, al detectar una discriminación sistémica en la respuesta de las autoridades a la violencia de género[1116].

En los últimos decenios, en diversas causas y situaciones particulares, los tribunales regionales han determinado la existencia de discriminación en relación con el derecho a la vida, la prohibición de tratos o penas crueles y

---

[1106] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 35 (2014), párr. 9.

[1107] *Ibid*.

[1108] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000), párrs. 10, 21, 35 y 51.

[1109] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19 (1992), párr. 6.

[1110] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017), párr. 14 (se han omitido las notas a pie de página).

[1111] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19 (1992), párrs. 4 y 9; y recomendación general núm. 28 (2010), párr. 17. Véanse también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *V. K. c. Bulgaria* (CEDA/C/49/20/2008), párr. 9.3; y *Jallow c. Bulgaria* (CEDAW/C/52/D/32/2011), párr. 8.4.

[1112] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017), párr. 29 a).

[1113] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Vertido c. Filipinas* (CEDAW/C/46/D/18/2008).

[1114] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *A. T. c. Hungría*, comunicación núm. 2/2003.

[1115] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *A. S. c. Hungría*, comunicación núm. 4/2004.

[1116] Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Opuz v. Turkey*, demanda núm. 33401/02, sentencia de 9 de junio de 2009; y *Volodina v. Russia*, demanda núm. 41261/17, sentencia de 9 de julio de 2019.

degradantes, y el derecho a la vida privada y familiar en casos de violencia motivada por prejuicios por razones de raza u origen étnico[1117], discapacidad[1118], y orientación sexual o identidad de género[1119].

En su forma más grave, la violencia discriminatoria puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante[1120]. Esto queda claro en el texto de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que incluye la discriminación entre los fines reconocidos en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención[1121]. Tanto el Comité contra la Tortura[1122] como los tribunales regionales[1123] se han pronunciado sobre casos que han considerado lo suficientemente graves como para cumplir este elevado criterio, incluidos casos de pogromos contra minorías por motivos raciales[1124]. La discriminación también puede constituir la base de delitos prohibidos por el derecho internacional humanitario y el derecho internacional consuetudinario, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Dada la especial gravedad de estos actos, están sujetos a un régimen jurídico internacional específico, que queda fuera del alcance de la presente guía[1125].

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE UNA MOTIVACIÓN BASADA EN PREJUICIOS EN LA VIOLENCIA DISCRIMINATORIA

El 14 de noviembre de 2013, Salifou Belemvire, originario de Burkina Faso, fue objeto de una agresión no provocada por S. I. mientras viajaba en transporte público en Chisinau. Mientras el Sr. Belemvire hablaba por un teléfono móvil, S. I. le propinó un puñetazo sin previo aviso y procedió a dirigirle una serie de epítetos racistas.

Posteriormente se presentaron cargos formales de vandalismo en virtud del artículo 287, párrafo 1, del Código Penal contra S. I. En la legislación de la República de Moldova el "vandalismo" se define como un acto realizado sin ningún tipo de animadversión o motivación.

El Sr. Belemvire participó en la investigación y en los procedimientos judiciales, primero como víctima y posteriormente como parte perjudicada reconocida. A través de su representante legal intentó en repetidas ocasiones y en varias fases del procedimiento que la fiscalía o los tribunales reclasificaran el acto como uno de los diversos delitos que reconocían explícitamente el carácter discriminatorio de la agresión. Ante los tribunales nacionales y ante la fiscalía alegó que el derecho internacional exigía que los actos de discriminación racial fueran reconocidos como tales. Argumentó que no se respetaría su derecho a un recurso efectivo contra la discriminación racial si la condena penal no reconocía explícitamente que la

---

[1117] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2020, párrs. 96 a 103; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Honduras* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 42/15) (2015), párr. 420; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kurić and others v. Slovenia*, demanda núm. 26828/06, sentencia de 26 de junio de 2012, párrs. 386 a 396; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stoica v. Romania*, demanda núm. 42722/02, sentencia de 4 de marzo de 2008, párr. 117; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Malawi African Association and others v. Mauritania*, decisión de 11 de mayo de 2000, párr. 131.

[1118] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cînța v. Romania*, demanda núm. 3891/19, sentencia de 18 de febrero de 2020, párrs. 43 a 81; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Enver Şahin v. Turkey*, demanda núm. 23065/12, sentencia de 30 de enero de 2018, párrs. 67 a 69; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Impacto del procedimiento de solución amistosa* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/13) (2013), párrs. 204 y 205; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. the Gambia*, comunicación núm. 241/2001, decisión, 15 a 29 de mayo de 2003, párr. 61.

[1119] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sabalić v. Croatia*, demanda núm. 50231/13, sentencia de 14 de enero de 2021, párrs. 115 y 116; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *X and others v. Austria*, demanda núm. 19010/07, sentencia de 19 de febrero de 2013, párrs. 100 a 115; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resolución relativa a la protección frente a la violencia y otras violaciones de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género reales o supuestas (CADHP/Res.275(LV)2014).

[1120] Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017), párr. 16.

[1121] Para un análisis más amplio sobre esta cuestión, véase Equal Rights Trust, *Shouting Through the Walls: Discriminatory Torture and Ill-Treatment – Case Studies from Jordan* (Londres, 2017), págs. 9 a 27.

[1122] Comité contra la Tortura, *Calfunao Paillalef c. Suiza* (CAT/C/68/D/882/2018), párrs. 8.3, 8.4 y 8.10.

[1123] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia*, demanda núm. 7224/11, sentencia de 8 de octubre de 2020, párrs. 35 y 42 a 50; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, sentencia de 12 de marzo de 2020, párrs. 163 a 167; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, observación general núm. 4 (2017), párr. 13.

[1124] Comité contra la Tortura, *Hajrizi Dzemajl y otros. c. Yugoslavia* (CAT/C/29/D/161/2000); y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Moldovan and others v. Romania*, demandas núms. 41138/98 y 64320/01, sentencia núm. 2 de 12 de julio de 2005.

[1125] Oficina sobre la Prevención del Genocidio y la Responsabilidad de Proteger, de las Naciones Unidas, "Publications and resources". Disponible en www.un.org/en/genocideprevention/publications-and-resources.shtml.

agresión que había sufrido había estado motivada por animadversión racial. Sostuvo, además, citando el derecho regional e internacional, que los actos racistas violentos eran especialmente reprobables y que, por tanto, era especialmente importante para la sociedad que se reconociera de forma explícita el carácter discriminatorio de la agresión que había sufrido. Estos argumentos fueron sistemáticamente desatendidos por los tribunales y la fiscalía, con el resultado de que la fiscalía continuó el procedimiento en virtud del artículo 287, párrafo 1.

El 22 de octubre de 2014, el Tribunal Supremo de Justicia de la República de Moldova dictó la sentencia firme de jurisdicción interna que confirmaba la sentencia condenatoria del tribunal inferior contra S. I. y su pena de 18 meses de prisión.

El Sr. Belemvire presentó entonces una denuncia ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la que afirmaba que las autoridades de Moldova habían violado varios de sus derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, al negarse a clasificar el delito de forma que se reconociera su carácter discriminatorio.

Al pronunciarse sobre el caso, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sostuvo que se había violado el artículo 6 de la Convención pertinente relativo al derecho a un recurso efectivo. El Comité consideró que la investigación del delito llevada a cabo por el Estado parte fue incompleta al no haberse tenido en cuenta la motivación discriminatoria del acusado: "El Estado parte debería haber incluido este aspecto del delito 'puesto que todo delito de motivación racista atenta contra la cohesión social y contra toda la sociedad' y con frecuencia provoca un mayor daño individual y social. Además, la negativa del Estado parte a investigar la motivación racial también privó al peticionario de su derecho a disponer 'de protección y de recursos efectivos contra el acto de discriminación racial denunciado'". El Comité recomendó que el Estado parte concediera al Sr. Belemvire una indemnización adecuada por el daño moral y material causado por la violación de la Convención, e instó además al Estado parte a que examinara su política y sus procedimientos relativos al enjuiciamiento de casos de presunta discriminación racial o violencia por motivos raciales, a la luz de las obligaciones que le incumbían en virtud la Convención[1126].

La expresión "delito de odio" se aplica a formas de comportamiento prohibidas por el derecho penal que están motivadas por prejuicios. Según algunas interpretaciones, los delitos de odio incluyen no solo los actos de violencia discriminatoria descritos anteriormente, sino también actos como la destrucción de bienes por motivos raciales u otros motivos discriminatorios. Los delitos de odio requieren reconocimiento y reparación con arreglo al derecho penal. El Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han criticado todos la ausencia de prohibiciones generales de los delitos de odio en los marcos jurídicos de los Estados[1127]. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha dictaminado recientemente que las sanciones penales que no reconocen de forma explícita una motivación por prejuicios contravienen el artículo 6 de la Convención pertinente relativo al derecho a un recurso efectivo contra la discriminación[1128].

Los Estados tienen la obligación positiva de reconocer explícitamente la motivación por prejuicios de los actos delictivos basados en todos los motivos de discriminación reconocidos en el derecho internacional, tal y como ya se ha expuesto. Sin embargo, la necesidad de garantizar la previsibilidad en el derecho penal exige que la lista de motivos en las disposiciones penales que regulan los delitos de odio sea cerrada (es decir, que no incluya la categoría "u otra condición similar"). Esto contrasta con el requisito de que una ley general contra la discriminación incluya una lista abierta de motivos.

[1126] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Belemvire c. la República de Moldova* (CERD/C/94/D/57/2015), párrs. 7.3-10 (se han omitido las notas a pie de página).

[1127] CCPR/C/EST/CO/4, párr. 12; CERD/C/QAT/CO/17-21, párr. 13; CEDAW/C/SVK/CO/5-6, párr. 40; E/C.12/BIH/CO/2, párr. 11; y CRPD/C/GBR/CO/1, párr. 39 b).

[1128] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Belemvire c. República de Moldova* (CERD/C/94/D/57/2015), párrs. 7.3 a 8.

No hay consenso sobre si es mejor que: a) los códigos penales incluyan disposiciones independientes sobre los actos delictivos motivados por el odio o los prejuicios o, alternativamente, b) las disposiciones que regulan determinados actos delictivos (agresión, asesinato, etc.) incluyan cláusulas que reconozcan que se consideran agravados si se llevan a cabo por motivos de prejuicio o animadversión conexa. En algunos Estados, el reconocimiento de los prejuicios motivados por el odio o la animadversión se tiene en cuenta en el fallo al proceder a la imposición de la pena. Lo que es incuestionable, sin embargo, es que los Estados deben garantizar que la motivación por prejuicios se tenga en cuenta en la penalización de todos los delitos y faltas y que la constatación de esta motivación dé lugar a una agravación de la pena[1129].

[1129] La Unión Europea exige que el derecho penal interno de sus Estados miembros garantice que se tengan en cuenta los prejuicios en relación con todos los delitos. La Comisión Europea ha incoado procedimientos de infracción contra los Estados miembros por no hacerlo: los marcos jurídicos belga y búlgaro no garantizan que los tribunales nacionales tengan en cuenta la motivación racista y xenófoba como factor agravante de todos los delitos cometidos, por lo que no garantizan que los delitos de odio sean enjuiciados de forma eficaz y adecuada. Véase Comisión Europea, "Paquete de procedimientos de infracción de febrero: principales decisiones", 18 de febrero de 2021. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/INF_21_441.

QUINTA PARTE:

DISCRIMINACIÓN Y EXPRESIÓN

RESUMEN

- **La expresión y la comunicación pueden ser componentes de una conducta que dé lugar al acoso basado en un motivo, uno de los actos prohibidos en el marco de la ley de prohibición de la discriminación.**
- **La expresión y la comunicación también desempeñan otras funciones en la ley contra la discriminación, entre ellas, potencialmente, como prueba de intención o motivo, así como en casos relativos a una orden de discriminar.**
- **Los Estados deben prohibir la incitación a la violencia, la discriminación y la hostilidad o el odio por todos los motivos reconocidos en el derecho internacional, incluidos, por ejemplo, la edad, la discapacidad, la expresión e identidad de género, la nacionalidad, la raza o el origen étnico, la religión, el sexo, las características sexuales y la orientación sexual.**
- **El derecho internacional también exige que los Estados condenen toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio y la discriminación raciales, cualquiera que sea su forma.**
- **Prohibición no significa necesariamente tipificación. Los Estados deben establecer una distinción entre la expresión que requiere tipificación, la expresión que requiere sanciones civiles o administrativas y la expresión que merece otras formas de respuesta.**
- **Los Estados deben garantizar que la aplicación de medidas para combatir el discurso de odio no dé lugar a forma alguna de discriminación contra cualquier persona o grupo de personas.**
- **El discurso de odio debe afrontarse, entre otras cosas, mediante intervenciones positivas: educación, concienciación, apoyo a las víctimas para que puedan formular un discurso en sentido contrario y difusión de argumentos positivos, por ejemplo, campañas de información pública con mensajes positivos que celebren la diversidad.**

Un ámbito común de estudio por parte de los legisladores y los encargados de formular políticas que se dedican a la legislación que prohíbe la discriminación es la línea divisoria entre las normas relativas al discurso de odio, por un lado, y la ley contra la discriminación, por otro.

La relación entre el derecho a la no discriminación y los actos de expresión es compleja y polifacética. En general se tiende a intentar crear una categorización en la que intervienen tres elementos supuestamente aislados: a) el pensamiento, b) la expresión y c) la acción. Como se expone más adelante, el primer elemento —el pensamiento— queda absolutamente excluido del ámbito de aplicación de la ley. Lo que ocurre en la mente está absolutamente protegido. En algunas concepciones de la ley contra la discriminación se intenta establecer una gran separación entre los otros dos elementos, es decir, entre la expresión, por un lado, y la acción, por el otro. En esta descripción simplificada, la ley contra la discriminación abarca el trato diferente o el impacto (es decir, la tercera categoría) y no la segunda categoría, es decir, la expresión. Como se verá, se trata de una simplificación excesiva. La expresión desempeña un papel en algunos ámbitos de la ley contra la discriminación. El presente capítulo analiza algunos de estos ámbitos y, a continuación, examina de forma más amplia las cuestiones relacionadas con el discurso de odio; la incitación a la hostilidad, la discriminación o la violencia; y cuestiones afines, a través del prisma del derecho a la libertad de expresión. Entre ellas se incluyen los recientes acontecimientos mundiales en torno a los debates sobre el discurso de odio.

A la luz de esta relación multidimensional entre la discriminación y la expresión y de la ausencia de un consenso mundial sobre muchas de estas cuestiones, en la presente guía no se intenta llegar a conclusiones concretas. En cambio, el objetivo del presente capítulo es reseñar algunas de las cuestiones jurídicas que se plantean en ámbitos en los que el discurso y otras formas de expresión interactúan con la ley contra la discriminación.

La presente sección examina algunos aspectos de estas cuestiones.

I. ASPECTOS DEL DISCURSO Y LA EXPRESIÓN QUE INCIDEN DE FORMA DIRECTA EN LA LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

El discurso y otras formas de expresión interactúan de forma amplia y compleja con el derecho a la no discriminación. Como se expone en la sección I.A.2 c) de la segunda parte de la presente guía relativa a las formas de discriminación, el discurso o la expresión pueden constituir, en algunas ocasiones, un elemento esencial de una conducta prohibida: el acoso basado en un motivo[1130]. Muchos casos de este tipo de acoso se centran en el discurso o en otras formas de expresión que pueden crear un entorno hostil, degradante o intimidatorio para las personas con una característica, condición o identidad determinadas. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el acoso es: "una forma de discriminación cuando se produce un comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad u otro motivo prohibido que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Puede ocurrir mediante actos o palabras que tengan por efecto perpetuar la diferencia y la opresión de las personas con discapacidad"[1131]. El Comité ha expuesto recientemente la opinión de que debe entenderse que el acoso incluye el ciberacoso y el ciberodio[1132]. En cuanto a la discriminación basada en un motivo, cualquier respuesta jurídica debería entenderse en el ámbito material de la ley contra la discriminación establecido en la sección I.A.3 de la segunda parte.

El acoso basado en un motivo es solo un aspecto de la compleja relación entre la expresión y la prohibición de la discriminación. La expresión también puede proporcionar los medios por los que se producen otras formas de discriminación, por ejemplo, en el caso de la orden de discriminar por parte de quienes ocupan una posición de poder, influencia o autoridad. Tanto el acoso como la orden de discriminar son formas de discriminación que deben prohibirse por ley, de modo que el discurso o la expresión puede prohibirse en determinados contextos. En el caso más común, esos actos se tratan en el marco del derecho civil, administrativo o laboral y no se consideran asuntos penales. Sin embargo, las instrucciones u órdenes de discriminar que causen perjuicios graves pueden dar lugar a responsabilidad penal[1133].

Además, el discurso y otras formas de expresión pueden desempeñar un papel importante en la resolución de casos de discriminación, en particular como prueba de motivo o intención discriminatorios. Así, por ejemplo, en su primera conclusión de discriminación racial en un caso relacionado con la aplicación de la ley, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó en declaraciones de testigos que indicaban que el personal militar había proferido epítetos contra los romaníes justo después de matar con sus disparos a dos hombres de etnia romaní. Si bien una sala inferior del Tribunal sostuvo inicialmente que esas y otras pruebas eran indicios de discriminación, la Gran Sala del Tribunal sostuvo que hubo discriminación en el procedimiento, pero no como cuestión de fondo, a saber, que las declaraciones contra los romaníes y otras pruebas deberían haber dado lugar a una investigación por las autoridades nacionales sobre la posibilidad de que el racismo o la discriminación racial hubieran influido en el procedimiento[1134].

[1130] Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 d). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad observa, además, que: "Se debe prestar especial atención a las personas con discapacidad que viven en lugares segregados, como instituciones residenciales, escuelas especiales u hospitales psiquiátricos, donde este tipo de discriminación es más probable y resulta invisible, por lo que tiene menos probabilidad de ser castigada. El 'acoso escolar' y sus modalidades de acoso en Internet, ciberacoso y ciberodio, constituyen también delitos motivados por prejuicios particularmente violentos y dañinos".

[1131] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 18 d).

[1132] *Ibid*.

[1133] Véase, por ejemplo, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, caso núm. IT-95-5/18-T, sentencia de 24 de marzo de 2016.

[1134] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nachova and others v. Bulgari*a, demandas núms. 43577/98 y 43579/98, sentencia de 6 de julio de 2005. Para un uso similar de la libre expresión con el fin de fundamentar una conclusión de discriminación en casos presentados ante el sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Koptova c. la República Eslovaca*, comunicación núm. 13/1998.

Por último, como se analiza con más detalle en el siguiente capítulo de la presente guía, el hecho de centrarse en la incitación y el discurso de odio ha tendido a ocultar las obligaciones positivas de los Estados de luchar contra los estereotipos, la estigmatización y los prejuicios y de promover la no discriminación, la igualdad, la inclusión y la diversidad.

II. DISCURSO DE ODIO Y PROHIBICIÓN DE LA INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, LA HOSTILIDAD O LA VIOLENCIA

En el decenio de 2010 y a principios del de 2020, el problema del discurso odio —como causa, resultado y factor de la discriminación— ha sido objeto de una atención a muy alto nivel por el sistema de las Naciones Unidas. En 2012, en una reunión organizada por el ACNUDH, los expertos aprobaron el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (en adelante, "Plan de Acción de Rabat")[1135] tras un largo proceso mundial de consulta y colaboración. En fecha más reciente, en 2019, una movilización encabezada por el Secretario General dio lugar a un acuerdo para que los organismos y las entidades de las Naciones Unidas contaran con estrategias y planes de acción destinados a hacer frente al discurso de odio. La Estrategia y el Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio se elaboraron en respuesta a una oleada de xenofobia, racismo e intolerancia, misoginia violenta, antisemitismo y odio contra los musulmanes[1136]. La Estrategia reconoce que, durante los últimos 75 años, el discurso de odio ha sido precursor de crímenes atroces, incluido el genocidio, desde Rwanda hasta Bosnia y Herzegovina, y Camboya[1137]. La Estrategia incluye el compromiso de que las entidades de las Naciones Unidas han de mostrar "su solidaridad con las víctimas del discurso de odio y aplicar medidas centradas en los derechos humanos y destinadas a combatir el discurso de odio vengativo y la escalada de la violencia" y a empoderar a las personas o comunidades afectadas. También observa que se deben "promover medidas para garantizar que se respeten los derechos de las víctimas y se atiendan sus necesidades, por ejemplo, mediante la promoción de las reparaciones, el acceso a la justicia y los servicios de orientación psicológica"[1138]. Una de las recomendaciones del Plan de Acción es promover el fortalecimiento del marco de la ley contra la discriminación para garantizar que esté en consonancia con el derecho y las normas internacionales de derechos humanos[1139].

En cuanto a las minorías en particular, en 2021 el Relator Especial sobre cuestiones de las minorías presentó, en su informe anual al Consejo de Derechos Humanos, un informe temático sobre la agresión generalizada de que eran objeto las minorías a través del discurso de odio en los medios sociales. En el informe, el Relator Especial describió fenómenos como "la actitud generalizada de las autoridades estatales de negarse a reconocer o proteger eficazmente a las minorías contra las formas prohibidas de discurso de odio o su incapacidad de hacerlo". Hizo hincapié "en la responsabilidad de los Estados, la sociedad civil y las plataformas de medios sociales de reconocer que el discurso de odio es principalmente una cuestión que afecta a las minorías y, con carácter de urgencia, en su deber de adoptar nuevas medidas para el cumplimiento pleno y efectivo de las obligaciones en materia de derechos humanos que ello entraña"[1140].

El artículo 20, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a los Estados partes a prohibir, por ley, toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La regulación del discurso de odio por otros motivos se fundamenta en otras disposiciones del Pacto. Concretamente, en virtud del artículo 19, párrafo 3, los Estados pueden restringir la

---

[1135] A/HRC/22/17/Add.4, aanexo, apéndice (en inglés).

[1136] Secretario General, "Secretary-General's remarks at the launch of the United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech [as delivered]", 18 de junio de 2019. Véase también Naciones Unidas, "Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio" (2019). Disponible en www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.shtml.

[1137] Secretario General, "Secretary-General's remarks at the launch of the United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech [as delivered]".

[1138] Naciones Unidas, *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences* (2020), pág. 30, compromiso 3. Disponible en www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf.

[1139] *Ibid*., pág. 31.

[1140] A/HRC/46/57.

libertad de expresión, cuando tales limitaciones estén previstas por la ley y sean necesarias para uno de los seis fines especificados, que incluyen la protección de los derechos y libertades de los demás. Como se indica en el Plan de Acción de Rabat, la expresión calificada como "discurso de odio" puede restringirse en virtud de los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por diferentes motivos[1141]. De hecho, como se expone con más detalle a continuación, los órganos de tratados y los procedimientos especiales han pedido a los Estados que adopten medidas efectivas para prohibir el discurso de odio por una serie de motivos que van más allá de los enumerados en el artículo 20.

El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece una prohibición más detallada del discurso de odio por motivos de raza, color u origen étnico. Compromete a los Estados a condenar "toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial". El artículo 4 hace extensivo este requisito a la propaganda que promueva la discriminación "cualquiera que sea su forma". Además, exhorta a los Estados a "comprometerse a adoptar medidas inmediatas y positivas" a este respecto, incluso en lo que se refiere a organismos públicos y entidades privadas[1142]. Específicamente, el artículo 4 a) dispone que:

> **Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.**

Ni la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ordenan específicamente la prohibición de la incitación a la discriminación, la violencia o la hostilidad. Sin embargo, ambas crean obligaciones específicas en materia de lucha contra las normas sociales negativas. Por ejemplo, el artículo 5 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dedica amplia atención a las obligaciones positivas de los Estados de "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"[1143]. Estas cuestiones abarcan el discurso y otras formas de expresión y comunicación, en particular —en este contexto— el discurso misógino.

En general, se considera que los derechos reconocidos en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos guardan una compleja relación con otros derechos, en particular (aunque no exclusivamente) los derechos establecidos en el artículo 19 a tener opiniones sin injerencia y a la libertad de expresión. El artículo 19 dispone que:

> 1. **Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.**
> 2. **Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.**
> 3. **El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:**

[1141] Plan de Acción de Rabat, párr. 14.

[1142] Los requisitos detallados en este ámbito se establecen en la recomendación general núm. 35 (2013) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

[1143] El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su tercera y más reciente recomendación general sobre la violencia de género contra las mujeres, ha expresado su preocupación, entre otras cosas, por "las formas contemporáneas de violencia que se producen en línea y en otros entornos digitales". El Secretario General ha establecido vínculos directos entre el discurso de odio misógino y la violencia de género contra las mujeres, y ha observado que "el empleo de la violación y otras formas de violencia sexual en Kosovo (ex Serbia y Montenegro) en 1999 como armas de guerra y métodos de depuración étnica fue precedido por una propaganda oficial del Estado e informaciones en los medios de comunicación que presentaban a las mujeres kosovares albanesas como sexualmente promiscuas y explotaban los temores serbios acerca del crecimiento de la población albanesa". Véanse, respectivamente, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 35 (2017), párr. 20; y A/61/122/Add.1 y Corr.1, párr. 94.

a) **Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;**

b) **La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.**

En cuanto a los derechos a la libertad de opinión y de expresión, la libertad de opinión es absoluta[1144]. No puede haber ninguna restricción —legal ni de otro tipo— por el mero hecho de tener una opinión. En cambio, la libertad de expresión no es absoluta[1145].

Como consecuencia del artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la libertad de expresión es un derecho condicionado, que puede limitarse por razón de determinadas restricciones. Al interpretar los requisitos del artículo 19, párrafo 3, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que estas restricciones deben entenderse de forma estricta y ha sostenido que "cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho"[1146]. El Comité ha observado que "la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse" y ha subrayado el hecho de que el artículo 5, párrafo 1, del Pacto establece lo siguiente: "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él"[1147].

Sin embargo, toda restricción del derecho a la libertad de expresión debe estar prevista por la ley (articulada de manera clara)[1148]; debe ser necesaria y proporcionada[1149]; y ser adoptada para proteger los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moral públicas[1150]. Al interpretar este último requisito, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que: "'el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones… con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición'. Estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación"[1151].

Al examinar la relación entre los artículos 19, párrafo 3, y 20 en particular, el Comité ha llegado a la conclusión de que ambas disposiciones son "compatibles entre sí y se complementan", y ha afirmado además que:

> **Los actos a que se refiere el artículo 20 son de naturaleza tan extrema que quedarían todos sujetos a restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19. Así pues, las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19.... El elemento que distingue los actos a que se refiere el artículo 20 de otros que también podrían ser objeto de restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 es que respecto de los primeros el Pacto indica la medida concreta que debe tomar el Estado, o sea, prohibirlos por ley. Solo en esta medida puede el artículo 20 ser considerado *lex specialis* con respecto al artículo 19. … Los Estados partes solo están obligados a promulgar prohibiciones legales con respecto a las formas concretas de expresión que indica el artículo 20. En todos los casos en que el Estado restringe la libertad de expresión, es necesario justificar las prohibiciones y poner sus disposiciones en estricta conformidad con el artículo 19[1152].**

[1144] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 9. La libertad de pensamiento y conciencia y la libertad de tener o adoptar una religión o creencia de su elección también están protegidas incondicionalmente, al igual que el derecho de toda persona a tener opiniones. Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 22 (1993), párr. 3.

[1145] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 21.

[1146] *Ibid.*

[1147] *Ibid.*

[1148] E/CN.4/1995/32, párrs. 38 a 55.

[1149] "Deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse". Véanse Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 27 (1999), párr. 14; y observación general núm. 34 (2011), párr. 34.

[1150] A/74/486, párr. 6.

[1151] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 32.

[1152] *Ibid.*, párrs. 50 a 52 (se ha omitido la nota a pie de página).

El Comité de Derechos Humanos ha respaldado la actuación de los Estados frente al discurso de odio, llegando incluso a aprobar la pérdida de empleo para quienes incitan al odio, en particular cuando se han otorgado sólidas garantías procesales al autor del discurso[1153].

Los sistemas regionales de derechos humanos han formulado enfoques para conciliar sus planteamientos relativos al discurso de odio con los requisitos de la libertad de expresión. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido sistemáticamente que "la libertad de expresión no es absoluta" y que "las restricciones pueden considerarse permisibles incluso si el discurso en cuestión es de naturaleza política"[1154]. En Europa, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado reiteradamente asuntos en los que personas que incitaban al odio racial o de otro tipo han recurrido al Tribunal después de que las autoridades nacionales tomaran medidas contra ellas, este ha desarrollado doctrinas en el sentido de que no es posible invocar las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando el apelante pretende destruir derechos humanos[1155].

EL DISCURSO DE ODIO COMO DISCRIMINACIÓN: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS DE PROTEGER A LAS PERSONAS FRENTE AL DISCURSO DE ODIO HOMOFÓBICO

En enero de 2020, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó la negativa de las autoridades lituanas a investigar y sancionar unos comentarios de incitación al odio en línea. El caso se planteó tras la publicación en Facebook de una fotografía de un beso entre personas del mismo sexo en Lituania. Pijus Beizaras y Mangirdas Levickas habían recibido cientos de comentarios de odio en Internet. El objetivo de esos comentarios era incitar al odio y a la violencia contra las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero en general, así como contra los dos hombres en particular.

En diciembre de 2014, la National Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights Association presentó una denuncia ante la fiscalía general por presunta violación del artículo 170 del Código Penal (incitación contra cualquier grupo nacional, racial, étnico, religioso u otro grupo de personas) y del artículo 19 de la Ley de Información al Público, que prohíbe igualmente la incitación al odio o la violencia en los medios de comunicación.

Los tribunales nacionales decidieron no iniciar una investigación. El Tribunal de Distrito de la ciudad de Klaipėda, por ejemplo, desestimó un recurso de la National Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights Association señalando que al publicar una imagen de dos hombres besándose se debería y tendría que haber previsto que tal comportamiento excéntrico realmente no contribuía a la cohesión social de quienes tenían opiniones diferentes ni al fomento de la tolerancia, y que la mayoría de la sociedad lituana apreciaba mucho los valores familiares tradicionales.

[1153] Comité de Derechos Humanos, *Ross c. el Canadá* (CCPR/C/70/D/736/1997).

[1154] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Granier y otros vs. Venezuela*, caso 12.828, informe núm. 112/12 (fondo) de 9 de noviembre de 2012, párr. 124.

[1155] Véase, por ejemplo, la decisión unánime del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al declarar inadmisible una petición de Jean-Marie Le Pen tras su condena penal por un tribunal francés y la imposición de una multa de 10.000 euros por incitación a la discriminación, al odio y a la violencia contra un grupo de personas a causa de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a determinada etnia, nación, raza o religión: La injerencia de las autoridades en la libertad de expresión del Sr. Le Pen, en forma de condena penal, había sido prescrita por la ley y perseguía el objetivo legítimo de proteger la reputación o los derechos de los demás. El Tribunal reiteró que concedía la máxima importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político en una sociedad democrática, y que la libertad de expresión se aplicaba no solo a la información o a las ideas que se recibían favorablemente, sino también a las que ofendían, escandalizaban o perturbaban. En este caso, sin embargo, no cabía duda de que los comentarios del Sr. Le Pen habían presentado a la comunidad musulmana en su conjunto de un modo perturbador, susceptible de suscitar sentimientos de rechazo y hostilidad. Por un lado, había enfrentado a los franceses con una comunidad cuyas convicciones religiosas se mencionaban explícitamente y cuyo rápido crecimiento se presentaba como una amenaza ya latente para la dignidad y la seguridad del pueblo francés. Así pues, los motivos alegados por los tribunales nacionales para condenar al demandante habían sido pertinentes y suficientes. La sanción impuesta tampoco había sido desproporcionada. El Tribunal consideró que la injerencia en el disfrute por el demandante de su derecho a la libertad de expresión había sido necesaria en una sociedad democrática. En consecuencia, su reclamación fue desestimada. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Le Pen v. France*, demanda núm. 18788/09, decisión de 20 de abril de 2010 (aunque la versión oficial de la decisión está disponible en francés únicamente, la cita anterior aparece en un comunicado de prensa en inglés publicado por el Secretario del Tribunal). Este enfoque se basa en general en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que "ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio".

En su decisión sobre el asunto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que Lituania había violado el artículo 14 (prohibición de discriminación) de la Convención, considerado conjuntamente con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), y que las autoridades lituanas también habían violado el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo).

En el desarrollo de su decisión, el Tribunal recordó una amplia lista de principios de su jurisprudencia establecida, por ejemplo, que las señas de identidad de una sociedad democrática incluyen el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras; que el pluralismo y la democracia se basan en el reconocimiento y el respeto genuino de la diversidad; y que las sanciones penales, incluso contra las personas responsables de las expresiones más graves de odio, que inciten a otros a la violencia, solo podían invocarse como medida de *ultima ratio*.... Siendo así, también ha sostenido que cuando los actos que constituyen delitos graves están dirigidos contra la integridad física o mental de una persona, solo los mecanismos eficientes de derecho penal pueden garantizar una protección adecuada y servir como factor de disuasión. El Tribunal ha aceptado asimismo la necesidad de adoptar medidas penales en relación con las agresiones verbales directas y las amenazas físicas motivadas por actitudes discriminatorias[1156].

El Tribunal consideró que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Lituania, aplicada por el fiscal, cuya decisión había sido confirmada posteriormente por los tribunales nacionales, no había previsto un recurso interno efectivo para las denuncias de discriminación homofóbica. El caso es un importante ejemplo reciente de tribunales que se pronuncian sobre la incitación al odio basándose en la ley que prohíbe la discriminación.

Los tribunales nacionales y regionales cada vez resuelven más causas de discurso de odio a través del prisma de la prohibición de la discriminación, e incluso declaran que los Estados vulneran el derecho internacional por no tomar medidas adecuadas contra el discurso de odio. En el ámbito nacional, por ejemplo, los tribunales italianos han aplicado disposiciones jurídicas relativas al acoso —es decir, la creación de un entorno degradante— a emisiones de radio contra inmigrantes[1157]. En un asunto reciente, también referente a Italia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que las declaraciones formuladas por un destacado abogado en un programa de radio, en el sentido de que su empresa nunca contrataría a una persona homosexual, constituían discriminación en el ámbito del empleo, a pesar de que la empresa en cuestión no estaba contratando a nadie en ese momento[1158]. En una serie de asuntos recientes relativos al discurso de odio contra personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero, al discurso de odio antisemita y al discurso de odio contra los romaníes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la falta de intervención efectiva de las autoridades en causas de discurso de odio en línea, por ejemplo, constituye discriminación en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar[1159].

[1156] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, demanda núm. 41288/15, sentencia de 14 de enero de 2020, párrs. 106 a 111.

[1157] Además, en casos relacionados con la exministra de Integración Cécile Kyenge, los tribunales italianos resolvieron que las declaraciones de un concejal de distrito en Facebook relativas a "volver a la selva" constituían incitación al odio racial (Tribunal de Apelación de Trento, Sala de lo Penal, *Italy v. Serafini*, caso núm. 315/2015, sentencia de 11 de octubre de 2015), y que los comentarios formulados en un programa de radio por un diputado italiano del Parlamento Europeo, entre ellos, que la Sra. Kyenge procedía de "tradiciones tribales", constituían delitos basados en la discriminación (Tribunal de Milán, *Borghezio v. Kyenge*, sentencia de 18 de mayo de 2017). El Tribunal Supremo de Italia ha afirmado que las declaraciones de concejales municipales contra los romaníes constituyen difamación penal (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, causa núm. 47894, sentencia de 22 de noviembre de 2012).

[1158] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, asunto C-81/12, sentencia de 25 de abril de 2013; y *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, asunto C-507/18, sentencia de 23 de abril de 2020.

[1159] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, demanda núm. 41288/15, sentencia de 14 de enero de 2020; *Behar and Gutman v. Bulgaria*, demanda núm. 29335/13, sentencia de 16 de febrero de 2021; y *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, demanda núm. 12567/13, sentencia de 16 de febrero de 2021.

A. Apología del odio nacional, racial o religioso, así como en relación con la discapacidad, la expresión e identidad de género, el sexo, la orientación sexual, las características sexuales u otros motivos

La apología del odio nacional, racial o religioso[1160] que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia está prohibida en virtud del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, la protección del derecho a la no discriminación —y a no ser objeto de violencia discriminatoria— requiere también protección frente al discurso de odio por otros motivos. Este enfoque es coherente —y de hecho está previsto— en el marco del reconocimiento en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de que la libertad de expresión puede ser restringida, por ley, cuando sea necesario para proteger los derechos de los demás[1161]. Así, la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha observado que: "Dada la expansión de la protección en todo el mundo, debe entenderse que la prohibición de la incitación se aplica a las categorías más amplias que abarca actualmente el derecho internacional de los derechos humanos"[1162]. Los órganos de tratados han pedido a los Estados que adopten medidas efectivas para prohibir el discurso de odio por una amplia gama de motivos, como la discapacidad, la expresión de género, la identidad de género, el sexo, las características sexuales y la orientación sexual[1163].

Se ha realizado una amplia labor para ofrecer orientaciones sobre la forma en que los Estados deben determinar si un discurso u otra expresión puede constituir incitación a la violencia, la discriminación o el odio, y en qué circunstancias, lo que ha dado lugar en particular al Plan de Acción de Rabat.

El Plan de Acción de Rabat define los términos "apología", "odio" e "incitación" con referencia a las definiciones formuladas en los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad[1164], un documento de buenas prácticas internacionales elaborado por expertos sobre los derechos a la igualdad y la libertad de expresión. En consecuencia, observa que los términos "odio" y "hostilidad" se refieren a sentimientos intensos e irracionales de oprobio, enemistad y desprecio hacia el grupo objetivo; el término "apología" debe entenderse en el sentido de que requiere la intención de promover públicamente el odio hacia el grupo objetivo; y el término "incitación" se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que generen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia hacia personas que pertenezcan a esos grupos[1165]. El Plan de Acción de Rabat establece además que los Estados deben aprobar legislación general contra la discriminación que incluya medidas preventivas y punitivas para combatir eficazmente la incitación al odio[1166].

[1160] Los términos "odio" y "hostilidad" se refieren a sentimientos intensos e irracionales de oprobio, enemistad y desprecio hacia el colectivo objetivo (Plan de Acción de Rabat, párr. 21, nota 5). El Comité de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que: "Los artículos 19 y 20 son compatibles entre sí y se complementan. Los actos a que se refiere el artículo 20 quedarían todos sujetos a restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19. Así pues, las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19". Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 50. Véase también A/HRC/40/58, párr. 57.

[1161] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 11.

[1162] A/74/486, párrs. 9 y 12.

[1163] CCPR/C/BIH/CO/3, párr. 22; y A/HRC/38/43, párr. 93. Véanse también A/74/486; y, con respecto al sexo y al género, A/HRC/38/47, párr. 52. El ACNUDH, en *Vivir libres e iguales*, pág. 30, establece que: "Los Estados deben incluir la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y los caracteres sexuales como características protegidas en las leyes contra los delitos motivados por el odio y el discurso del odio/incitación al odio y a la violencia". Véanse asimismo CCPR/C/LTU/CO/4, párr. 12 a); CCPR/C/CZE/CO/4, párr. 17; CCPR/C/UKR/CO/7, párr. 10; CCPR/C/BLR/CO/5, párr. 18; CCPR/C/SEN/CO/5, párrs. 14 y 15; CERD/C/SWE/CO/22-23, párrs. 10 y 11; CEDAW/C/MUS/CO/8, párr. 34; CEDAW/C/SUR/CO/4-6, párrs. 50 y 51; y CEDAW/C/FJI/CO/5, párr. 52; CAT/C/POL/CO/7, párrs. 35 y 36; CAT/C/RUS/CO/6, párrs. 32 y 33; CRC/C/CRI/CO/5-6, párrs. 16 y 17; y CRC/C/POL/CO/3-4, párrs. 16 y 17.

[1164] Article 19, "Los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad" (Londres, 2009). Disponible en www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf.

[1165] Plan de Acción de Rabat, párr. 21, nota 5.

[1166] *Ibid*., párr. 26.

LA PRUEBA DE UMBRAL DE SEIS PARTES PREVISTA EN EL PLAN DE ACCIÓN DE RABAT

El Plan de Acción de Rabat observa que el umbral para definir las restricciones a la libertad de expresión y la incitación al odio, y para la aplicación del artículo 20, debe ser alto. En consecuencia, establece una prueba de umbral de seis partes para las expresiones consideradas como delito, que se expone a continuación:

a) **El contexto:** El contexto es de gran importancia al valorar la probabilidad de que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra el grupo objetivo, y podría tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. El análisis del contexto debe ubicar el discurso en el contexto social y político predominante en el momento en que se pronunció y difundió;

b) **El orador:** Debe tenerse en cuenta la posición o el estatus social del orador, especialmente la reputación de la persona u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso;

c) **La intención:** El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya un delito según el artículo 20 del Pacto, ya que este artículo incluye disposiciones sobre la "apología" y la "incitación" en lugar de la sola distribución o circulación de material. A este respecto, requiere de la activación de una relación triangular entre el objeto del discurso, el sujeto del discurso y la audiencia;

d) **El contenido y la forma:** El contenido del discurso es una de las cuestiones principales en las que se centran las deliberaciones del tribunal y es un elemento esencial de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocador y directo, así como la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos empleados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos empleados;

e) **La extensión del discurso:** La extensión incluye elementos como el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos que hay que tener en cuenta incluyen determinar si el discurso es público, los medios de difusión empleados, por ejemplo, por un único folleto o transmisión en los medios de comunicación generales o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y la extensión de las comunicaciones, si los destinatarios tenían los medios para responder a la incitación, si la declaración (u obra) es distribuida en un entorno restringido o es fácilmente accesible al público en general;

f) **La probabilidad, incluida la inminencia:** La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción promovida a través de discursos de incitación no tiene que ser llevada a cabo para que ese discurso sea un delito. Sin embargo, debe detectarse algún grado de riesgo de daños. Esto quiere decir que los tribunales tendrán que determinar si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar a una acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que dicha causación debe ser bastante directa[1167].

El Plan de Acción de Rabat establece también, respecto de las sanciones nacionales, que debe establecerse una distinción entre: a) la expresión que constituye un delito; b) la expresión que no es punible penalmente, pero puede justificar la imposición de sanciones civiles o administrativas y c) la expresión que no da lugar a sanciones penales, civiles ni administrativas, pero aun así plantean problemas en cuanto a la tolerancia, la urbanidad y el respeto por los derechos de los demás[1168]. El Plan de Acción de Rabat observa con preocupación que los autores de incidentes que alcanzan efectivamente el umbral del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no suelen ser enjuiciados, mientras que personas pertenecientes a minorías son a menudo perseguidas *de facto*, con un efecto amedrentador sobre otras, mediante el abuso de una legislación, una jurisprudencia y unas políticas nacionales imprecisas[1169].

[1167] *Ibid*., párr. 29.

[1168] *Ibid*., párr. 20.

[1169] *Ibid*., párr. 11.

El hecho de centrarse en la prohibición ha tenido como consecuencia, en varios países y contextos, que algunas expresiones que están protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos se consideren "discurso de odio" por ser políticamente inconvenientes o polémicas, o porque no son aceptables en opinión de la mayoría. Se trata de un problema que afecta de forma desproporcionada a los grupos en riesgo de discriminación y que puede ser parte del trato negativo que afecta a las minorías. Al mismo tiempo, a menudo se niega que el discurso de odio afecte a grupos específicos, en particular a las minorías[1170]. El resultado es esta situación: "por un lado, los casos de incitación 'real' que no son perseguidos, y por otro lado quienes critican pacíficamente y son perseguidos como 'predicadores de odio'"[1171]. Se trata de una evolución preocupante y problemática que forma parte de amenazas más amplias al espacio cívico, cuyo examen queda fuera del alcance de la presente guía[1172].

Al mismo tiempo, se está registrando un aumento de las acciones judiciales y de otras instancias de resolución contra el discurso de odio, por el rápido aumento de las inquietudes en este ámbito, sobre todo a causa de la propagación del discurso de odio en Internet debido a la difusión del discurso de odio por parte del clero y otras personalidades religiosas[1173].

1. Evaluar el contexto

Algunos de los criterios establecidos en la prueba del umbral de Rabat merecen ser comentados, en particular porque existe jurisprudencia internacional en determinados casos u observaciones que desarrollan aspectos de su significado. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha dictaminado también que los Estados infringen la convención pertinente en casos relativos a una señalización pública ofensiva. En el caso *Hagan c. Australia*, un hombre aborigen alegó violaciones del artículo 2, en particular, del artículo 2, párrafo 1 c); del artículo 4; del artículo 5 d), i) y ix), e) vi), y f); del artículo 6 y del artículo 7 de la Convención, en relación con el nombre, que hoy se considera un grave epíteto racial, de la tribuna de unas importantes instalaciones deportivas de Toowoomba, Queensland, donde vivía, bautizada en honor de una personalidad deportiva del pasado. El Comité determinó que Australia había vulnerado la Convención, y sostuvo que:

> **ahora la exhibición del término injurioso utilizado puede ser considerada ofensiva e insultante, aunque tal vez no lo haya sido durante mucho tiempo. En efecto, es opinión del Comité que, como un instrumento que tiene vida, la Convención ha de interpretarse y aplicarse de acuerdo con las circunstancias de la sociedad contemporánea. En este contexto, el Comité considera que tiene el deber de recordar que hoy en día palabras como el término injurioso en cuestión despiertan la sensibilidad de más y más personas[1174].**

En su conjunto de herramientas contra el discurso de odio, la organización de la sociedad civil Artículo 19 ofrece las siguientes orientaciones para evaluar el contexto:

> **La expresión debe considerarse dentro del contexto político, económico y social en el que se produjo, puesto que tendrá repercusiones directas tanto en la intención como en la causalidad. El análisis contextual debe tener en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente:**
>
> – **La existencia de los conflictos en el seno de la sociedad; por ejemplo, los incidentes reales de violencia contra un grupo objetivo;**

[1170] El Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ha observado que: "La amenaza del discurso de odio afecta primordialmente a las minorías. Sea o no por omisión, muchos actores sobre el terreno no reconocen sistemáticamente ni admiten nominalmente quiénes son los principales destinatarios del racismo, los prejuicios, la búsqueda de chivos expiatorios e incluso la incitación a la violencia en los medios sociales. Al no mencionar específicamente a las minorías, se ignora el alcance y la brutalidad del discurso del odio, incluso se camufla en una niebla de generalidades. En cierto sentido, todos se convierten en cómplices del odio cuando se sigue dejando de nombrar a las principales víctimas. El resultado de ello es un terreno fértil para avivar la intolerancia y la exclusión, las generadoras del odio hacia las minorías". Véase A/HRC/46/57, párr. 22.

[1171] ACNUDH, "La prueba de umbral sobre discurso de odio está ahora disponible en 32 idiomas", 15 de mayo de 2020. Disponible en www.ohchr.org/es/stories/2020/05/threshold-test-hate-speech-now-available-32-languages.

[1172] Naciones Unidas, "United Nations Guidance Note: Protection and Promotion of Civic Space" (2020). Disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/CivicSpace/UN_Guidance_Note.pdf.

[1173] Naciones Unidas, "Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio"; y ACNUDH, conjunto de herramientas #Faith4Rights (Fe para los Derechos), módulo 7. Sobre los derechos humanos y el discurso de odio por parte del clero, véase Tamas Kadar, "Dealing with cases involving hate speech and incitement to discrimination by the clergy" (Estrasburgo, Council of Europe Press, 2021).

[1174] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Hagan c. Australia* (CERD/C/62/D/26/2002), párr. 7.3.

- **La existencia y el historial de discriminación; por ejemplo, en la aplicación de la ley y en el sistema judicial;**
- **El marco jurídico, incluido el reconocimiento —o la ausencia de reconocimiento— de la característica protegida del grupo objetivo en preceptos antidiscriminatorios;**
- **El paisaje mediático; por ejemplo, reportajes habituales y negativos de los medios de comunicación sobre el grupo objetivo que carezcan de fuentes alternativas de información; y**
- **El panorama político; específicamente, la cercanía de elecciones y el papel de las políticas de identidad en dicho contexto, así como el grado de representación de las opiniones del grupo objetivo en los procesos políticos formales**[1175]**.**

2. Distinguir al orador

Algunas instancias judiciales han establecido distinciones entre las entidades que difunden discursos de odio. Por ejemplo, en un asunto presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jens Olaf Jersild, periodista documentalista de la Danish Broadcasting Corporation, impugnó la legitimidad de las multas que le habían impuesto las autoridades de Dinamarca en relación con un documental que había producido y emitido en la televisión nacional, en el que entrevistaba a miembros de un grupo de jóvenes de Copenhague, autodenominados "the Greenjackets". Estos entrevistados habían expresado ante las cámaras ideas de superioridad racial o étnica, además de confesar casos de agresión a minorías. Basándose en el programa de televisión, las autoridades danesas presentaron cargos contra los Greenjackets entrevistados por el Sr. Jersild. Sin embargo, con referencia al artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, también sancionaron al Sr. Jersild por proporcionar a los cabezas rapadas un medio para difundir ampliamente un discurso de odio —a saber, un espacio televisivo en horario de máxima audiencia— y difundir así ideas de superioridad racial o étnica. El Sr. Jersild impugnó las multas, señalando que el papel de los periodistas y los medios de comunicación era documentar y llamar la atención sobre los problemas graves de la sociedad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al fallar a favor del Sr. Jersild —y anular las multas—, entre otras cosas, reafirmó la particular función que desempeñan los periodistas y los medios de comunicación para señalar a la atención del público cuestiones graves en la sociedad[1176]. El Tribunal adopta un enfoque que tiene en cuenta la posición del orador en su sentencia en el asunto *Jersild*, que refleja este criterio fundamental del Plan de Acción de Rabat. El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha ofrecido las siguientes orientaciones a este respecto, en particular en lo relativo al discurso de odio en línea:

> **¿Existen categorías de usuarios a los que no se aplican las normas sobre el discurso de odio? Las normas internacionales establecen claramente que los periodistas y otras personas que informan sobre el discurso de odio deben estar protegidos contra las restricciones de contenido o las medidas adversas tomadas contra sus cuentas. Además, la aplicación de las normas sobre el contexto del Plan de Acción de Rabat conduciría a la protección de dicho contenido. Los políticos, los funcionarios gubernamentales y militares y otras figuras públicas son otro asunto. Dada su prominencia y su posible papel de liderazgo en la incitación a comportamientos, deberían estar sujetos a las mismas normas sobre el discurso de odio que se aplican en virtud de las normas internacionales. En el contexto de las políticas sobre el discurso de odio, las personalidades públicas deben respetar las mismas normas que los demás usuarios. La evaluación del contexto puede hacer que se tome la decisión de hacer una excepción en algunos casos, cuando el contenido debe ser protegido como, por ejemplo, el discurso político. Sin embargo, es casi seguro que la incitación sea más dañina cuando es pronunciada por los líderes que por otros usuarios, y ese factor debería formar parte de la evaluación del contenido de la plataforma**[1177]**.**

[1175] Artículo 19, *"Discurso de odio: Manual"* (Londres, 2015), págs. 79 y 80 (se ha omitido la nota a pie de página). Disponible en www.article19.org/resources/hate-speech-explained-a-toolkit. Véase también A/67/357, párr. 45, en el que se hace referencia a "la audiencia... la existencia de obstáculos para la difusión mediática, las restricciones amplias y poco claras sobre el contenido de lo que se puede publicar o difundir; la ausencia de críticas al Gobierno o de debates políticos de amplio alcance en los medios y otras formas de comunicación; y la ausencia de una condena social generalizada de las declaraciones de odio por motivos específicos tras su difusión".

[1176] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jersild v. Denmark*, demanda núm. 15890/89, sentencia de 23 de septiembre de 1994.

[1177] A/74/486, párr. 47 d). Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 35 (2013), párr. 15.

B. Difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial

El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que:

> **Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:**
>
> a) **Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;**
>
> b) **Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;**
>
> c) **No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.**

El artículo 4 impone obligaciones a los Estados que están relacionadas con las previstas en los artículos 19, párrafo 3, y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero que son específicas y diferentes. En particular, el artículo 4 a) prohíbe la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, y no la incitación al odio. Como ha señalado el Alto Comisionado para los Derechos Humanos: "en el apartado a) del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial se prohíbe la mera difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial... la difusión de la idea en sí es lo que acarrea sanción, sin otra condición de propósito o efecto"[1178]. En el mismo informe, el Comisionado observó: "esta diferencia puede ser sutil, pero es importante para determinar el alcance de la ley"[1179].

No obstante, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado la necesidad de que las violaciones alcancen el nivel de incitación, observando que "la denegación pública de delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, definidos por el derecho internacional, o el intento de justificarlos se declaren actos punibles conforme a la ley, siempre que constituyan claramente incitación a la violencia o el odio racial"[1180]. El Comité de Derechos Humanos ha considerado que la difusión de ideas antisemitas[1181] y la negación del Holocausto[1182] deben castigarse si alcanzan el umbral de la incitación. Existe un debate abierto y en curso sobre la posible sanción de la difusión de discursos xenófobos y otros discursos de odio[1183].

[1178] A/HRC/2/6, párr. 39.

[1179] *Ibid*.

[1180] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 35 (2013), párr. 14.

[1181] Comité de Derechos Humanos, *Ross c. el Canadá* (CCPR/C/70/D/736/1997).

[1182] Comité de Derechos Humanos, *Faurisson c. Francia* (CCPR/C/58/D/550/1993).

[1183] A/HRC/42/58, párr. 108 a). Véase también la resolución 73/262 de la Asamblea General; y la resolución 34/36 del Consejo de Derechos Humanos.

C. Incitación al genocidio

La incitación al genocidio es manifiestamente ilegal en virtud del artículo 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y del artículo 25, párrafo 3, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[1184]. La incitación al genocidio es un asunto de derecho penal.

D. Incitación a cometer actos terroristas

El castigo de la incitación a cometer actos terroristas está también permitido, aunque esta cuestión queda fuera del ámbito de la presente guía[1185]. Estos actos de incitación pueden sancionarse siempre que la restricción de la libertad de expresión sea compatible con los requisitos establecidos en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

E. Difamación

Los actos de expresión dirigidos directamente contra una persona, como la difamación, también quedan fuera del ámbito de la presente guía. Recientemente los tribunales nacionales han mantenido las sanciones penales por difamación en causas relativas al discurso de odio racista[1186]. En virtud del derecho internacional, el discurso y la expresión pueden sancionarse siempre que la restricción de la libertad de expresión sea compatible con los requisitos establecidos en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por regla general, el derecho internacional de los derechos humanos solo permite proteger a las personas de la difamación. Como se señala más adelante, las entidades abstractas, como las ideas, las religiones o las banderas, no gozan de la protección internacional de los derechos humanos frente a la difamación. Además, se reserva un espacio particular para las críticas a figuras públicas: en cuanto a "los comentarios sobre figuras públicas, habría que considerar la posibilidad de no sancionar las declaraciones que no fueran verídicas, pero se hubieran publicado por error y no con mala intención"[1187].

BLASFEMIA, "DIFAMACIÓN DE LA RELIGIÓN" E INSULTOS AL ESTADO, LA BANDERA O EL UNIFORME

La blasfemia o la "difamación de la religión" no son expresiones de odio: solo es posible imponer restricciones si alcanzan el umbral de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia[1188]. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que:

> **La prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluidas las leyes sobre la blasfemia, es incompatible con el Pacto, excepto en las circunstancias previstas explícitamente en su artículo 20, párrafo 2. Estas prohibiciones deben ajustarse además a las condiciones estrictas del artículo 19, párrafo 3, así como a los artículos 2, 5, 17, 18 y 26. Por ejemplo, no sería admisible que esas leyes discriminasen en favor o en contra de uno o varias religiones o sistemas de creencias, o en favor o en contra de sus seguidores, o bien en favor de los creyentes de una determinada religión con respecto a los no creyentes. Tampoco**

[1184] El artículo 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece: "Serán castigados los actos siguientes: ... c) La instigación directa y pública a cometer genocidio". El artículo 25, párafo3, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que "De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: ... b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; ... e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa".

[1185] Resolución 75/291 de la Asamblea General.

[1186] Tribunal Supremo de Italia, Sala de lo Penal, caso núm. 47894, sentencia de 22 de noviembre de 2012.

[1187] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 47.

[1188] *Ibid*., párr. 48. Sobre la difamación de la religión, véase A/62/280, párrs. 70 y 71; y A/HRC/2/3.

sería admisible que estas prohibiciones se utilizaran para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma[1189].

De hecho, un aspecto central de la legitimidad de estas distinciones a efectos del derecho de los derechos humanos es que la ley tiene por objeto proteger a las personas y a las comunidades de cualquier daño, pero no ofrece protección contra las ideas que puedan causar ofensa, y las entidades como "el Estado", "la bandera", "el Profeta" o el cristianismo, el islam, el judaísmo o cualquier otra religión *per se* no son entidades protegidas a efectos del derecho de los derechos humanos. En la práctica, se observa en todo el mundo un preocupante aumento del uso de leyes contra la blasfemia o la apostasía, dirigidas en particular contra minorías religiosas o de creencias. En algunos países, el castigo por blasfemia o apostasía puede ser la pena de muerte.

III. SANCIONES POR INCITACIÓN Y OTRAS FORMAS DE EXPRESIÓN BASADAS EN EL ODIO O LOS PREJUICIOS

El Plan de Acción de Rabat establece que, en el cumplimiento de su obligación de prohibir el discurso de odio, los Estados deben establecer una distinción entre: a) la expresión que constituye un delito; b) la expresión que no es punible penalmente, pero puede justificar la imposición de sanciones civiles o administrativas; y c) la expresión que no da lugar a sanciones penales, civiles ni administrativas, pero aun así plantea problemas en cuanto a la tolerancia, la urbanidad y el respeto por los derechos de los demás[1190].

El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha observado que la incitación al odio debe abordarse a través de una serie de medidas jurídicas y políticas, señalando que el requisito de prohibir la incitación al odio no equivale a la obligación de tipificarla como delito y que "solo los casos graves y extremos de incitación al odio... deben tipificarse como delito"[1191]. En los casos que no alcancen este umbral, el Relator Especial recomienda que los Estados aprueben leyes civiles y apliquen "distintos tipos de reparación, como los de tipo procesal... y los sustantivos (por ejemplo, reparaciones adecuadas, rápidas y proporcionales a la gravedad de la expresión, como el restablecimiento de la reputación, la prevención de la recurrencia o la compensación financiera)"[1192].

Las sanciones penales son medidas de último recurso y solo deberían aplicarse en situaciones estrictamente justificables que cumplan umbrales elevados y sólidos, incluidos los elementos previstos en la prueba de umbral de Rabat: contexto, orador, intención, contenido, alcance del discurso y probabilidad de causar daños[1193]. Los Estados deben considerar la posibilidad de imponer sanciones civiles o administrativas[1194], que deben preferirse a la sanción penal[1195]. De hecho, el Plan de Acción de Rabat señala que los Estados deben aprobar legislación general contra la discriminación que incluya medidas preventivas y punitivas para combatir con eficacia la incitación al odio[1196]. En la práctica, aunque el debate sobre las respuestas al discurso de odio se suele plantear en torno a las cuestiones relativas a la tipificación, en muchos casos se han incluido otros tipos de sanción o reparación, por ejemplo, la imposición de medidas disciplinarias en el trabajo o el despido, o la

---

[1189] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 48. Asimismo, "El Comité toma nota con preocupación de que en la Isla de Man aún están en vigor las disposiciones arcaicas y discriminatorias del Código Penal conforme a las cuales la blasfemia es una falta, y recomienda que sean revocadas". Véase CCPR/C/79/Add.119, párr. 15.

[1190] Plan de Acción de Rabat, párr. 20.

[1191] A/67/357, párr. 47. El Comité Especial sobre la Elaboración de Normas Complementarias está trabajando en un protocolo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial con el fin de garantizar la tipificación de los actos racistas y xenófobos. Véase A/HRC/42/58.

[1192] A/67/357, párr. 48.

[1193] ACNUDH, "Prueba de umbral sobre el discurso de odio", 2020. Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTestTranslations/Rabat_threshold_test_Spanish.pdf.

[1194] Plan de Acción de Rabat, párr. 34.

[1195] E/CN.4/2000/63, párr. 52; y A/HRC/4/27, párrs. 44 a 57.

[1196] Plan de Acción de Rabat, párr. 26.

imposición de medidas disciplinarias en la escuela o la expulsión[1197], o bien recomendaciones para modificar los nombres de infraestructuras públicas[1198].

En la era de las redes sociales, en la que el discurso del odio se propaga —y se amplifica rápidamente— en Internet, las cuestiones jurídicas sobre los límites de la gobernanza de la expresión se aplican cada vez más para abordar, por ejemplo, las obligaciones de las empresas de medios sociales y los proveedores de servicios de Internet de intervenir con objeto de controlar o prohibir el discurso del odio[1199]. Desde enero de 2021, la Junta de Supervisión de Facebook ha utilizado la prueba de umbral de Rabat en varias decisiones[1200] y se ha referido explícitamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a las observaciones generales de los órganos de tratados, a los informes de los procedimientos especiales y a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

IV. MEDIDAS NO JURÍDICAS

En general y, a nivel mundial, los debates sobre la lucha contra el discurso de odio se han centrado sobre todo en las medidas no jurídicas. Las expresiones de intolerancia, los estereotipos negativos y la estigmatización por motivos de raza, color y origen étnico[1201], religión o creencias[1202], sexo y género, orientación sexual[1203], identidad de género[1204], características sexuales[1205] y discapacidad, así como hacia grupos especialmente vulnerables, como migrantes, refugiados, romaníes y otros[1206], deben abordarse mediante intervenciones positivas: educación, concienciación, apoyo a las víctimas para que puedan formular un discurso en sentido contrario y difusión de relatos positivos, por ejemplo, a través de campañas de información pública con mensajes positivos y de diversidad[1207]. Los Estados deben adoptar medidas para vigilar el discurso de odio y la incitación a la violencia en los medios de comunicación y las redes sociales y establecer órganos independientes de supervisión de los medios de comunicación[1208]. Estas medidas tienen, de hecho, una base en el derecho de los tratados de derechos humanos[1209] y constituyen obligaciones positivas para los Estados. Los funcionarios públicos tienen la responsabilidad especial de denunciar y condenar públicamente y de forma sistemática el discurso de odio.

Los sistemas regionales de derechos humanos han establecido vínculos explícitos entre la lucha contra el discurso de odio, la libertad de expresión y la prohibición de la discriminación. Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado:

> **La Comisión y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión insisten en que para combatir efectivamente el discurso de odio se requiere un enfoque amplio y sostenido que vaya más allá de las medidas legales y que incluya la adopción de mecanismos preventivos y educativos. Como lo ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, este tipo de medidas apuntan a la raíz cultural de la discriminación sistemática, y como tales, pueden constituirse en instrumentos valiosos**

1197 Comité de Derechos Humanos, *Ross c. el Canadá* (CCPR/C/70/D/736/1997).

1198 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Hagan c. Australia* (CERD/C/62/D/26/2002), párr. 7.3.

1199 En los últimos años, ha llamado especialmente la atención el escrutinio de alto nivel del papel desempeñado por Facebook en la incitación al odio contra los rohinyá en Myanmar. Véase "Report of the detailed findings of the independent international fact-finding mission on Myanmar", que incluye detalles sobre el papel de Facebook, pág. 339 y ss. Disponible en www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/myanmar-ffm/reportofthe-myanmar-ffm.

1200 Véase https://oversightboard.com/decision.

1201 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 35 (2013), párrs. 29 y 40.

1202 Resolución 16/18 del Consejo de Derechos Humanos.

1203 CCPR/C/SVK/CO/4, párr. 15.

1204 *Ibid*.; CCPR/C/LBN/CO/3, párr. 14; CCPR/C/UZB/CO/4, párr. 7; CCPR/C/GEO/CO/4, párr. 8; y CCPR/C/RUS/CO/7, párr. 10.

1205 CCPR/C/BLZ/CO/1/ADD.1, párr. 15; CCPR/C/KOR/CO/4, párr. 15; y CCPR/C/LTU/CO/4, párr. 12 a).

1206 CCPR/C/HUN/CO/6, párr. 18; y CERD/C/POL/CO/22-24, párr. 22 e). Véanse también A/HRC/29/24; y Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, "ECRI general policy recommendation núm. 13 on combating antigypsyism and discrimination against Roma", versión revisada (Estrasburgo, 2020).

1207 Véase, en particular, A/74/486, así como la resolución 16/18 del Consejo de Derechos Humanos.

1208 Resolución 46/58 del Consejo de Derechos Humanos.

1209 En particular, aunque no exclusivamente: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 5; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24.

para identificar y refutar el discurso de odio y alentar al desarrollo de una sociedad basada en los principios de diversidad, pluralismo y tolerancia[1210].

Por estas razones, las orientaciones detalladas sobre la aplicación de la Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio destacan que: "la condena pública del discurso del odio, la rendición de cuentas por las agresiones contra quienes ejercen su derecho a la libertad de expresión y la agilización de las medidas de política pública sobre la promoción de la diversidad pueden ser especialmente importantes justo después de un incidente de discurso de odio o de incitación al odio, y cuando las tensiones aumentan en una sociedad"[1211].

Tales medidas pueden ser tanto correctivas, es decir, formar parte de una respuesta gubernamental o institucional a un incidente o patrón específico de discurso de odio, como proactivas, es decir, estar destinadas a cuestionar los prejuicios, la estigmatización, los estereotipos y otros factores que propician la discriminación. Tanto las medidas correctivas como las proactivas tienen una base sólida en el derecho internacional[1212]. De hecho, las obligaciones positivas de los Estados de luchar contra los estereotipos, la estigmatización y los prejuicios son el tema central de la sexta parte de la presente guía.

HACER FRENTE A LOS EFECTOS DISCRIMINATORIOS DE LOS SISTEMAS ALGORÍTMICOS

El uso emergente de sistemas algorítmicos por parte de actores públicos y privados ha alterado fundamentalmente la forma en que vivimos nuestras vidas. Las repercusiones reales y potenciales discriminatorias y sobre los derechos humanos del uso de tales tecnologías son innumerables y por ello han sido objeto de importantes análisis por parte de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos[1213].

Función de los sistemas algorítmicos en la difusión y el fomento del discurso de odio

Preocupa en especial la función del uso de sistemas algorítmicos en la difusión del discurso de odio y la incitación a la discriminación y la violencia. En el informe temático de 2021 sobre el discurso de odio, los medios sociales y las minorías, el Relator Especial sobre cuestiones de las minorías puso de manifiesto su preocupación por el modelo de negocio de las plataformas de medios sociales, como Facebook, Google, YouTube y Twitter, cuyo objetivo era maximizar los beneficios mediante el diseño y el uso de algoritmos que permitían a los anunciantes dirigirse al público con precisión[1214]. Estos sistemas amplifican los contenidos para mantener implicados a los usuarios, pero "también son cajas de resonancia que con demasiada frecuencia son fuentes de información limitadas y concentran sesgos y prejuicios"[1215]. Este modelo tiene como consecuencia la desviación de las personas hacia contenidos extremos, a menudo odiosos y obsesivos[1216]. El Relator Especial se remitió a la prueba de que casi dos de cada tres personas que se unían a un grupo extremista lo hacían debido a las recomendaciones promovidas por algoritmos en los medios sociales, y señaló que esa había sido la "fuerza a de una explosión de odio, radicalización, deshumanización, búsqueda de chivos expiatorios, incitación al genocidio y apología del odio que constituye incitación a la violencia, la hostilidad o la discriminación contra las minorías en los medios sociales, lo que ha dado lugar a un aumento alarmante de los delitos de odio y las atrocidades"[1217].

[1210] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, párr. 248 (se ha omitido la nota a pie de página).

[1211] Naciones Unidas, *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences*, págs. 5 y 6.

[1212] Véase, por ejemplo, el análisis sobre los recursos sociales e institucionales en la sección II.D de la segunda parte de la presente guía, así como el análisis que figura en el capítulo V de la segunda parte y en los capítulos I y II de la sexta parte sobre las obligaciones proactivas de los Estados dimanantes de las disposiciones siguientes: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 5; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24.

[1213] Puede consultarse una lista no exhaustiva de los informes de los procedimientos especiales relativos a las nuevas tecnologías en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/List_SP_Reports_NewTech.pdf.

[1214] A/HRC/46/57, párrs. 68 y 69.

[1215] *Ibid*., párr. 68.

[1216] *Ibid*., párr. 69.

[1217] *Ibid*., párr. 70.

La Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia también ha destacado la dependencia de estas plataformas por parte de grupos neonazis y otros grupos de supremacistas blancos para reclutar, recaudar fondos y coordinar sus actividades[1218]. Se ha demostrado también que el uso de algoritmos propicia y acentúa el odio y el perjuicio que experimentan los grupos expuestos a la discriminación. El Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ha señalado ejemplos de bots de redes sociales manipulados para utilizar insultos islamófobos y de supremacía blanca[1219], mientras que la misión internacional independiente de investigación sobre Myanmar ha observado el uso de Facebook para agravar el discurso de odio contra los rohinyá[1220].

Efectos discriminatorios más amplios de los sistemas algorítmicos y la inteligencia artificial

El uso de la adopción de decisiones algorítmicas y de la inteligencia artificial puede conducir a la discriminación de diversas maneras[1221]. Dos patrones bien documentados son: a) la recopilación masiva y opaca de datos personales y la utilización de esos datos para entrenar sistemas algorítmicos con fines perjudiciales; por ejemplo, los sistemas utilizados por las plataformas de medios sociales funcionan mediante la recopilación de datos e información personales sobre los usuarios y la utilización de esa información para dirigirles contenidos; y b) el uso de tecnologías de forma que conduzcan a resultados discriminatorios si el sistema "aprende" de los datos discriminatorios y reproduce ese sesgo, un efecto al que los científicos de datos suelen referirse como "si entra basura, sale basura"[1222].

Los efectos discriminatorios del segundo patrón son evidentes en la vigilancia y la actuación policial. Por ejemplo, en un estudio de 2016, el Human Rights Data Analysis Group demostró que el uso de la herramienta policial predictiva PredPol en Oakland, California, reforzaría las prácticas policiales con sesgo racial al recomendar un mayor despliegue policial en zonas con mayor población de residentes no blancos y de bajos ingresos[1223]. Asimismo, una prueba realizada por American Civil Liberties Union en julio de 2018 puso de manifiesto que la herramienta de reconocimiento facial Rekognition había vinculado incorrectamente a 28 miembros del Congreso, al identificarlos como personas que habían sido detenidas por un delito[1224]. Las falsas coincidencias eran desproporcionadamente de personas de color, incluidos seis miembros de la Junta de los Miembros Negros del Congreso de los Estados Unidos.

Los ejemplos aquí expuestos son solo la punta del iceberg, ya que un análisis completo del impacto discriminatorio del uso de algoritmos queda fuera del alcance de la presente guía. Sin embargo, el papel de una ley general contra la discriminación para hacer frente a estos prejuicios es clave. Es fundamental que tanto los actores privados como los públicos estén sujetos a obligaciones legales que les exijan asegurar que el uso de sistemas algorítmicos no discrimine, directa ni indirectamente, y que esos sistemas no se utilicen para agravar otras formas de conducta prohibida, como el acoso y el discurso de odio.

También es vital que se adopte un enfoque de igualdad de derechos en el diseño y el desarrollo de esas tecnologías. En concreto, la realización de una evaluación del impacto sobre la igualdad debe ser un requisito básico para el diseño, la implantación y el seguimiento de todos los sistemas algorítmicos. Esta evaluación debe ser sustantiva y significativa, e incorporar la consideración de los efectos discriminatorios

[1218] A/HRC/41/55.

[1219] A/HRC/46/57, párr. 73.

[1220] A/HRC/42/50, párr. 72.

[1221] Véase, entre otros, Frederik Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making* (Estrasburgo, Consejo de Europa, 2018). Disponible en https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73. Véase también Solon Barocas y Andrew D. Selbst, "Big data's disparate impact", *California Law Review*, vol. 104 (2016).

[1222] Vincent Southerland, "With AI and criminal justice, the devil is in the data", American Civil Liberties Union, 9 de abril de 2018. Disponible en www.aclu.org/issues/privacy-technology/surveillance-technologies/ai-and-criminal-justice-devil-data.

[1223] Kristian Lum, y William Isaac, "To predict and serve?", *Significance*, vol. 13, núm. 5 (2016). Disponible en https://rss.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1740-9713.2016.00960.x.

[1224] Jacob Snow, "Amazon's face recognition falsely matched 28 Members of Congress with mugshots", American Civil Liberties Union, 26 de julio de 2018. Disponible en www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/amazons-face-recognition-falsely-matched-28. El autor señaló que 11 de las 28 coincidencias falsas identificaban erróneamente a personas de color (aproximadamente el 39 %), entre ellas el líder de los derechos civiles John Lewis y otros 5 miembros de la Junta de los Miembros Negros del Congreso de los Estados Unidos. Solo el 20 % de los actuales miembros del Congreso son personas de color, lo que indica que los índices de falsas coincidencias afectaron a esos miembros en un porcentaje significativamente mayor.

reales o potenciales del uso de sistemas algorítmicos a través de consultas con grupos que corran el riesgo de experimentar esos efectos. La Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, en el informe sobre la discriminación racial y las tecnologías digitales emergentes presentado por la titular del mandato al Consejo de Derechos Humanos en 2020, subrayó, en relación con la evaluación del impacto sobre la igualdad, la necesidad esencial de un "enfoque que contemple su obligatoriedad"[1225].

[1225] A/HRC/44/57, párr. 56.

SEXTA PARTE:

PROMOCIÓN DE LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD: OBLIGACIÓN DE ABORDAR LAS CAUSAS PROFUNDAS DE LA DISCRIMINACIÓN

El propósito de la presente guía es ofrecer a legisladores y defensores una orientación clara y accesible para elaborar legislación general contra la discriminación. Su objetivo es consolidar y sintetizar las normas jurídicas internacionales relativas a la naturaleza, el alcance y el contenido de esa legislación. Como se ha demostrado en la presente guía, la aprobación de este tipo de leyes es esencial para que los Estados cumplan las obligaciones que les impone el derecho internacional de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la no discriminación. Sin embargo, aunque es absolutamente necesaria, la promulgación y aplicación de leyes generales contra la discriminación no es —en sí misma— suficiente para cumplir esas obligaciones.

En última instancia, la obligación de promulgar leyes se refiere a los medios, mientras que las obligaciones de no discriminación que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional se refieren fundamentalmente a los resultados: los Estados no solo se han comprometido a prohibir la discriminación, sino también a eliminarla. En virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados se comprometen a "asegurar" o "garantizar" el disfrute de los derechos sin discriminación alguna, mientras que las partes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se comprometen a "eliminar" la discriminación. Se trata de obligaciones relativas a los resultados que solo es posible cumplir mediante un programa de acción integral que, además de la eliminación de leyes, políticas y prácticas discriminatorias y la promulgación y aplicación de leyes que prohíban la discriminación, exija la adopción y aplicación de medidas positivas y proactivas para abordar las causas profundas de la discriminación. Dicho de otro modo, la aprobación de una legislación general contra la discriminación, aunque esencial y obligatoria, es un elemento central de un programa más amplio de medidas que los Estados deben adoptar para hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

El derecho internacional de los derechos humanos define obligaciones positivas para combatir los prejuicios, la estigmatización y los estereotipos y para modificar las normas sociales y culturales que causan o perpetúan la discriminación. Estas obligaciones se recogen explícitamente en algunos tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y también han sido desarrolladas por los órganos de tratados. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, ha observado que para eliminar la discriminación en la práctica los Estados deben adoptar "las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan... la discriminación".s to prevent, diminish and eliminate the conditions and attitudes which cause or perpetuate… discrimination"[1226].

La relación entre estas obligaciones positivas y la obligación de promulgar y aplicar legislación general contra la discriminación es compleja. Por una parte, las formas de discriminación prohibidas en las leyes contra la discriminación quedan fuera del marco de la actitud, la ideología y las normas sociales. Como se observa en la sección I.A.2 a) de la segunda parte de la presente guía, la discriminación puede ser tanto intencionada como no intencionada. Así pues, aunque las pruebas de prejuicio, estigmatización u otra motivación basada en prejuicios por la parte discriminadora pueden ser pruebas convincentes de discriminación, no son necesarias para concluir que se ha incurrido en discriminación. Incluso cuando es posible demostrar que la discriminación está motivada por prejuicios u otros sentimientos de hostilidad, la ley aborda las manifestaciones reales de estos sentimientos, y se centra más bien en sancionar y reparar los actos que en cambiar las opiniones o creencias. Este enfoque garantiza que la ley se centre debidamente en detectar y afrontar el daño sufrido por las víctimas de discriminación y que sea compatible con el derecho absoluto a la libertad de opinión, garantizado en el artículo 19, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, los datos procedentes de diversas jurisdicciones demuestran que la adopción y aplicación efectiva de una ley general contra la discriminación contribuye de forma positiva a combatir los prejuicios y los estereotipos. Si se formulan correctamente, ese tipo de leyes apoyan y promueven esos objetivos, en particular al poner la legislación en manos de las víctimas, permitirles tomar medidas para buscar justicia y, de este modo, exponer la discriminación y sus causas. La promulgación de estas leyes envía importantes señales a la sociedad en general sobre el valor y la importancia de la no discriminación y la disposición del

[1226] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 8 b).

Estado a hacer frente a la desigualdad. Al establecer los derechos que permiten que las víctimas impugnen la discriminación de la que son objeto, estas leyes también establecen obligaciones que impulsan cambios en el comportamiento de las instituciones públicas y privadas. Si se aplican y hacen cumplir correctamente, las leyes contra la discriminación dan lugar a cambios en las políticas y las prácticas que permiten eliminar obstáculos y lograr una participación en igualdad de condiciones, lo que aumenta la representación y cuestiona los prejuicios y estereotipos basados en la ignorancia y la exclusión.

No obstante, la ley por sí sola será ineficaz sin un compromiso y una implicación suficientes para abrir el sistema de gobierno a todas las personas, con igual dignidad, de forma que se fomente la comprensión humana, la solidaridad y el respeto por la diferencia. Los Estados deben adoptar medidas que abarquen todos los ámbitos de la legislación, la política, la programación y los gastos. Una ley contra la discriminación debe requerir la adopción de estas medidas y prever que sean exigibles, no obstante, la legislación solo establecerá el marco.

Así pues, estas obligaciones proactivas existen tanto dentro como fuera de la ley contra la discriminación. La obligación de adoptar estas medidas existe en paralelo a la obligación de aprobar, hacer cumplir y aplicar la legislación: es una obligación inmediata que no se subsume en la obligación de legislar ni se cumple con ella, sino que se sitúa a su lado. Las leyes generales contra la discriminación pueden y deben exigir y prever la adopción de medidas proactivas para combatir los prejuicios, la estigmatización y los estereotipos y promover la diversidad. Estas leyes deben prever el establecimiento de evaluaciones de impacto sobre la igualdad, obligaciones en materia de igualdad y organismos de igualdad, a través de los cuales se puedan identificar, elaborar y aplicar tales medidas. Las leyes contra la discriminación también deben garantizar la exigibilidad de estas obligaciones, permitiendo que se inicien acciones legales contra el Estado por no aplicar medidas adecuadas, oportunas y eficaces para hacer frente a los estereotipos, los prejuicios y la estigmatización.

Sin embargo, no basta con aprobar leyes que ordenen la adopción de medidas proactivas y las regulen: estas obligaciones solo pueden cumplirse mediante un programa integral de políticas, financiación y prácticas. Aunque las leyes generales contra la discriminación deben exigir la formulación de este tipo de medidas proactivas, los Estados solo cumplirán sus obligaciones mediante la adopción de medidas concretas.

I. OBLIGACIONES DIMANANTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE HACER FRENTE A LOS PREJUICIOS, LOS ESTEREOTIPOS Y LA ESTIGMATIZACIÓN

RESUMEN

- **El derecho internacional impone obligaciones proactivas explícitas a los Estados para hacer frente a los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. Algunas de las medidas específicas recomendadas son:**
  - **El empoderamiento y la participación de los titulares de derechos.**
  - **Medidas para promover la diversidad y la igualdad de representación en las instituciones.**
  - **Medidas para combatir los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización y para promover la diversidad, la inclusión y la igualdad mediante la educación.**
  - **Influir en la percepción pública a través de los medios de comunicación, tanto generales como sociales, y de iniciativas más amplias de sensibilización.**
  - **Capacitar a las personas, incluidos los funcionarios públicos, y a los grupos de todos los ámbitos de la vida sobre la legislación y los principios relativos a la igualdad y la no discriminación, así como sobre la situación y las experiencias de los titulares de derechos.**

- **Además, si los Estados han de cumplir sus obligaciones y honrar sus compromisos de eliminar la discriminación y garantizar la participación en igualdad de condiciones, sus esfuerzos deben ir más allá de la lucha contra los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. Es necesario desplegar esfuerzos para promover el entendimiento entre personas y grupos con características, situaciones y creencias diferentes y demostrar la forma en que unas economías y sociedades más igualitarias y diversas resultan beneficiosas para todos.**

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad imponen a los Estados la obligación proactiva explícita de hacer frente a los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización.

De conformidad con el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, los Estados deben adoptar "medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad". El artículo 2, párrafo 1 e), crea una obligación más estrecha y específica: los Estados se comprometen a "estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial".

El artículo 5 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer exige que los Estados tomen "todas las medidas apropiadas... para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios", los estereotipos y las nociones de superioridad o inferioridad respecto de los sexos. En su jurisprudencia relativa a la violencia de género contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha declarado que los Estados incumplen estas obligaciones[1227].

TRAZAR EL VÍNCULO ENTRE FUERZAS SOCIALES Y DISCRIMINACIÓN: LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que hace especial hincapié en la modificación de las funciones sociales de las mujeres y los hombres como medio necesario para lograr la igualdad de género, contiene un reconocimiento temprano de la relación entre las normas sociales negativas y la discriminación. Como destaca el ACNUDH en su introducción a la Convención:

> **El propósito de la Convención es ampliar nuestra comprensión del concepto de derechos humanos, ya que en ella se reconoce formalmente la influencia de la cultura y la tradición para restringir el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer. Estas fuerzas se concretan en estereotipos, costumbres y normas que dan lugar a la multitud de limitaciones jurídicas, políticas y económicas que impiden el adelanto de la mujer. Observando esta interrelación, el preámbulo de la Convención subraya que "para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia". Por lo tanto, los Estados partes están obligados a trabajar para modificar los patrones sociales y culturales de conducta individual con el fin de eliminar "los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (artículo 5). Y el artículo 10 c) ordena la revisión de los libros de texto, los programas escolares y los métodos de enseñanza con miras a eliminar los conceptos estereotipados en el ámbito de la educación. Por último, los patrones culturales que definen el ámbito público como un mundo de hombres y la esfera doméstica como el dominio de las mujeres son objeto de un firme rechazo en todas las disposiciones de la Convención**

[1227] Véase, entre otros, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *A. T. c. Hungría*, comunicación núm. 2/2003.

> **que afirman la igualdad de responsabilidades de ambos sexos en la vida familiar y su igualdad de derechos con respecto a la educación y el empleo. En conjunto, la Convención ofrece un marco global para hacer frente a las diversas fuerzas que han creado y mantenido la discriminación por motivos de sexo[1228].**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contiene una serie de disposiciones centradas en la lucha contra los prejuicios, los estereotipos y otros factores de discriminación. El artículo 24 de la Convención, que establece el derecho a la educación inclusiva durante toda la vida, dispone que la educación debe estar encaminada a "desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima, y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana". El artículo 8 desarrolla las obligaciones de los Estados en materia de sensibilización en virtud de la Convención, incluida la obligación específica de "luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida"[1229]. Como señala la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad:

> **La Convención da cabida a las diferencias entre las personas y subraya la importancia de tener en cuenta la diversidad de la experiencia humana. Tradicionalmente la sociedad ha ignorado o infravalorado la diferencia de la discapacidad y, por tanto, las estructuras sociales no han tenido en cuenta los derechos de las personas con discapacidad. La Convención restablece la importancia del ser humano en el discurso de derechos humanos destacando los aspectos individuales y sociales de la experiencia humana. Así pues, la Convención se opone a enfoques tradicionales respecto de la discapacidad y permite reparar el legado de desempoderamiento, paternalismo y capacitismo[1230].**

Más allá de estas disposiciones específicas, el énfasis en oponerse a las normas sociales que causan, impulsan o agravan la discriminación es evidente en el conjunto del derecho internacional de los derechos humanos y en relación con todos los posibles motivos protegidos. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que los Estados deben "adoptar un enfoque proactivo para eliminar la… discriminación" sistémica, para lo cual "será necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas"[1231]. En sus observaciones finales, tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Comité de Derechos Humanos han pedido a los Estados que adopten medidas para hacer frente a los prejuicios y estereotipos discriminatorios que afectan a una amplia gama de grupos protegidos[1232].

Estas obligaciones de larga data que requieren abordar las causas profundas de la discriminación han recibido una atención renovada a medida que el sistema internacional de derechos humanos ha prestado mayor atención al problema de la estigmatización como causa de violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, en el informe inaugural de 2018 del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género, el titular del mandato señaló que:

> **La causa fundamental de los actos de violencia y discriminación que se examinan es la intención de castigar sobre la base de nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, partiendo de un planteamiento binario de lo que constituye un hombre y una mujer… o lo masculino y lo femenino, o de estereotipos de la sexualidad de género… y una forma de violencia de género, impulsada por la intención de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género… Los actos conexos son invariablemente la manifestación del**

[1228] Véase www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women.

[1229] A/HRC/43/27, párr. 2.

[1230] A/HRC/43/41, párr. 40.

[1231] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 39.

[1232] Por ejemplo, en 2020, el Comité de Derechos Humanos pidió a Portugal que se esforzara más "por combatir la intolerancia, los estereotipos, los prejuicios y las discriminaciones que afectan a los grupos vulnerables y minoritarios, en particular las personas romaníes, afrodescendientes, musulmanas y lesbianas, gais, bisexuales y transgénero". A este respecto, en sus recientes observaciones finales sobre Guinea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó que se llevaran a cabo "campañas de sensibilización para combatir los estereotipos que afectan a las personas y grupos que corren el riesgo de ser discriminados, como las personas que viven con el VIH/sida y las personas con albinismo". Véanse CCPR/C/PRT/CO/5, párr. 15 a); y E/C.12/GIN/CO/1, párr. 19 e).

> **estigma y los prejuicios profundamente arraigados, el odio irracional. el estigma se asocia a una identidad que se califica como anormal con arreglo a un proceso de alienación construido socialmente entre "nosotros" y "ellos"[1233].**

Otros titulares de mandatos de derechos humanos de las Naciones Unidas, desde la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[1234] hasta el Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento[1235], han señalado el papel que desempeña el estigma para impulsar la violación discriminatoria de los derechos humanos. La preocupación por el estigma como factor de discriminación también ha sido planteada en el ámbito regional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[1236], por ejemplo.

Con el paso del tiempo, a medida que ha ido aumentando la comprensión de la serie de fuerzas sociales negativas que impulsan la discriminación, el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas ha detectado y ha señalado una gama cada vez más amplia de formas de prejuicio y estigmatización y las medidas necesarias para combatirlas. Por ejemplo, se han celebrado hasta tres conferencias mundiales contra el racismo. El estigma y los prejuicios dirigidos contra comunidades minoritarias específicas, por ejemplo, el antisemitismo[1237], la islamofobia o el odio contra los musulmanes[1238], y el antigitanismo[1239], han sido objeto de especial atención por el Consejo de Derechos Humanos. ONU-Mujeres, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han abordado el papel del sexismo y los estereotipos de género en la perpetuación de la discriminación contra la mujer[1240], al igual que otros órganos de tratados. El papel de la homofobia y la transfobia como factores de los prejuicios, la discriminación y la violencia discriminatoria contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales ha recibido una atención cada vez más urgente, en particular mediante la creación de un puesto de experto independiente para esta cuestión[1241]. En fecha más reciente, algunos conceptos como el capacitismo y el edadismo estructural (véanse los cuadros de texto de la presente sección) están ganando cada vez más terreno. Si bien estos fenómenos son diferentes, con causas y manifestaciones particulares, cada uno de ellos describe normas sociales que causan, alimentan o agravan la discriminación y, por tanto, el hecho de abordarlos entra en el ámbito de la obligación de eliminar la discriminación.

EDADISMO ESTRUCTURAL

Según el *Informe mundial sobre el edadismo*, el edadismo engloba los estereotipos (la forma de pensar), los prejuicios (la forma de sentirse) y la discriminación (la forma de actuar) hacia las personas en función de su edad[1242].

Algunos estudios han revelado que el edadismo es un fenómeno generalizado en las instituciones, legislaciones y políticas de todo el mundo[1243]. Los autores del *Informe mundial sobre el edadismo* detectaron que una de cada dos personas era edadista contra las personas mayores mientras que en

[1233] A/HRC/38/43, párrs. 48 y 49.

[1234] A/HRC/22/53, párrs. 36 a 38.

[1235] A/HRC/21/42, párrs. 36 a 38. Esta preocupación fue asumida posteriormente por otros actores del sistema de derechos humanos. Véase, por ejemplo, el vínculo entre patologización, estigmatización y discriminación: A/HRC/26/28/Add.2; y A/HRC/35/21.

[1236] Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C83/14, sentencia de 16 de julio de 2015, en particular la opinión de la Abogada General Kokott presentada el 12 de marzo de 2015.

[1237] A/74/358.

[1238] Véanse, por ejemplo, A/74/195; A/74/215; A/HRC/43/28; y Naciones Unidas, "Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio".

[1239] Resolución 26/4 del Consejo de Derechos Humanos; y A/HRC/29/24.

[1240] Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 36 (2017).

[1241] La página web del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género está disponible en www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-sexual-orientation-and-gender-identity.

[1242] Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre el edadismo* (Ginebra, 2021). Disponible en https://iris.paho.org/handle/10665.2/55871.

[1243] *Ibid*., pág. vii. Véase también Israel Doron y Nena Georgantzi, eds., *Ageing, Ageism and the Law: European Perspectives on the Rights of Older Persons* (Cheltenham, Edward Elgar, 2018).

Europa una de cada tres personas afirmaba haber sufrido edadismo. A pesar de su magnitud, el edadismo sigue siendo en gran medida desconocido y a menudo se considera más aceptable que otras formas de prejuicios[1244].

En un estudio reciente, el ACNUDH demuestra que, si bien el edadismo es uno de los factores que impulsan muchas violaciones de los derechos humanos, hasta la fecha el sistema internacional de derechos humanos no ha establecido una prohibición explícita y vinculante de esta forma de conducta ni ha proporcionado un recurso eficaz contra ella[1245]. El ACNUDH también sostiene que comprender la forma en que el edadismo estructura y conlleva desventajas es fundamental para dar respuesta a las violaciones de los derechos humanos de las personas mayores, y recomienda la elaboración de obligaciones explícitas en una nueva convención de las Naciones Unidas[1246].

El edadismo puede tener un punto de intersección o interacción con otras formas de estereotipos y prejuicios, como el capacitismo, el sexismo y el racismo. La Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, por ejemplo, ha observado que la discriminación en la vejez no es "simplemente el resultado de prejuicios capacitistas" y que el edadismo es "una forma específica de opresión que afecta a las personas de edad, incluidas las personas de edad con discapacidad"[1247].

Así pues, los Estados tienen obligaciones jurídicas positivas claras, inmediatas y sustantivas que les exigen hacer frente a los prejuicios, los estereotipos, la estigmatización y otros factores de discriminación, y promover valores positivos de comprensión, tolerancia, amistad y respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana. Para hacer frente a los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización, es preciso adoptar una amplia gama de medidas, que abarcan múltiples ámbitos de la vida y conllevan obligaciones para los actores públicos y privados. Aunque los Estados gozan de cierto grado de discrecionalidad en la formulación de estas medidas, los órganos de tratados han identificado algunas medidas específicas, como la educación pública, la sensibilización y la capacitación, que deben ser parte fundamental de cualquier programa de acción. Dicho esto, la atención debe centrarse más bien en la eficacia y los resultados que en la naturaleza de las medidas adoptadas.

II. MEDIDAS ESPECÍFICAS

A. Participación y representación en la vida pública

Tanto los tratados internacionales de derechos humanos como los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas subrayan en general la crucial importancia del empoderamiento y la participación de los titulares de derechos como parte de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados de eliminar la discriminación. Esto es cierto no solo por razones de justicia y reparación, sino también porque el hecho de garantizar la representación y la inclusión de los grupos expuestos a discriminación en la vida pública y política desempeña un papel importante al cuestionar los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establecen una serie de requisitos para los Estados a este respecto.

El artículo 2, párrafo 1 e), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial obliga a los Estados partes a "estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial". Esta obligación de apoyar y reforzar los movimientos y el activismo de la sociedad civil complementa la obligación contenida en el artículo 5 c)

[1244] ACNUDH, "Update to the 2012 analytical outcome study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons: working paper prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights" (2021). Disponible en https://social.un.org/ageing-working-group/documents/eleventh/OHCHR%20HROP%20working%20paper%2022%20Mar%202021.pdf.

[1245] *Ibid*., párr. 47.

[1246] *Ibid*., párr. 41.

[1247] A/74/186, párr. 7. Véase también Mariska van der Horst y Sarah Vickerstaff, "Is part of ageism actually ableism?", *Ageing and Society* (2021).

de garantizar la igualdad en el goce de los derechos políticos "en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el Gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas".

El artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer impone a los Estados la amplia obligación de eliminar la discriminación y garantizar a las mujeres la igualdad en "la vida política y pública del país". Esto incluye garantizar la igualdad en relación con el derecho a votar y a presentarse a las elecciones, y "a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales". El artículo 7 c) exige a los Estados que garanticen el derecho en igualdad de condiciones a "participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país". El artículo 8 va más allá y exige a los Estados que tomen "todas las medidas apropiadas" para garantizar a la mujer en igualdad de condiciones "la oportunidad de representar a su Gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales". Estas obligaciones, en su conjunto, reflejan el valor de esta participación en igualdad de condiciones no solo para las mujeres que intervienen en la vida pública, sino también para la función que puede desempeñar una mayor representación visible al cuestionar prejuicios y estereotipos profundamente arraigados.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye varias disposiciones destinadas a lograr la igualdad de representación de las personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan. En virtud del artículo 29, los Estados "garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás". Esto abarca tanto la obligación de garantizar la no discriminación en todos los aspectos de la vida política como la obligación de "promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos", incluida la participación en organizaciones no gubernamentales y partidos políticos. El artículo 33, párrafo 3, establece que "la sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento" de la aplicación de la Convención. De hecho, la participación e inclusión de las personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan es una característica esencial tanto de la Convención como de los compromisos adquiridos en el conjunto del sistema de derechos humanos para combatir la discriminación por motivos de discapacidad. Como ha observado la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad:

> **La participación activa de las personas con discapacidad en la adopción de decisiones es uno de los requisitos del modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos. La participación se aborda como cuestión transversal en la Convención; se reconoce como un principio general (art. 3 c)) y como la obligación de celebrar consultas y colaborar activamente con las personas con discapacidad en los procesos de adopción de decisiones que les conciernan (arts. 4, párr. 3, y 33, párr. 3). Los esfuerzos para implicar a las personas con discapacidad en los procesos de adopción de decisiones son importantes no solo porque permiten adoptar mejores decisiones y obtener resultados más eficaces, sino también porque fomentan la ciudadanía, el empoderamiento y la capacidad de actuar como agentes activos**[1248].

La Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad ha señalado, además —por ejemplo, en el contexto de la práctica médica y científica— que los Estados deben "colaborar y consultar activamente con las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan en todos los procesos de adopción de decisiones... que les conciernan, lo cual incluye las reformas legislativas, la elaboración de políticas y la realización de estudios"[1249].

[1248] A/HRC/43/41, párr. 46.

[1249] *Ibid*., párr. 76 g).

COMBATIR EL CAPACITISMO

En un informe reciente sobre la cuestión del capacitismo, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad subraya la importancia de reconocer y denunciar este fenómeno para abordar las causas profundas de la discriminación:

> **9. Pese a los importantes adelantos en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad a nivel nacional e internacional, las percepciones negativas profundamente arraigadas sobre el valor de la vida de estas personas siguen siendo un obstáculo permanente en todas las sociedades. Esas percepciones surgen de lo que se ha denominado capacitismo: un sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana. Como consecuencia de ello, suele inferirse que la calidad de vida de las personas con discapacidad es ínfima, que esas personas no tienen ningún futuro y que nunca se sentirán realizadas ni serán felices.**
>
> **10. El capacitismo genera prejuicios sociales, discriminación y opresión contra las personas con discapacidad al orientar la legislación, las políticas y las prácticas. Las conjeturas capacitistas dan lugar a prácticas discriminatorias como la esterilización de las mujeres y las niñas con discapacidad (véase A/72/133), la segregación, la institucionalización y la privación de libertad de personas con discapacidad en centros específicos para ellas o el empleo de la coacción basándose en la "necesidad de tratamiento" o el "riesgo para sí mismo o para terceros"...**
>
> **...**
>
> **15. En los últimos 50 años, el movimiento de defensa de los derechos de las personas con discapacidad ha estado combatiendo esas percepciones negativas profundamente arraigadas, señalando que el verdadero problema reside en el hecho de que la sociedad no elimine las barreras, preste el apoyo necesario y acepte la discapacidad como parte de la diversidad humana. Ahora bien, suelen hacerse oídos sordos a las reivindicaciones de las personas con discapacidad para que se reconozcan sus derechos y el desequilibrio de poder subyacente invalida su experiencia de vida. Sus narraciones se consideran subjetivas e inadecuadas para orientar una adopción de decisiones objetiva y, por lo tanto, no se les proporciona el espacio necesario para que se tengan debidamente en cuenta o para poner el capacitismo en tela de juicio. El acceso a las plataformas de debate es limitado, lo cual impide a ese movimiento mencionado compartir información en igualdad de condiciones[1250].**

Como ilustran estos ejemplos, los Estados no solo tienen la obligación de garantizar el derecho, sin distinción, a "participar en la dirección de los asuntos públicos... votar y ser elegidos... [y] tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas", como estipula el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que también tienen la obligación positiva de garantizar la igualdad de representación de los grupos expuestos a la discriminación, en las estructuras formales de la política y en el Gobierno, y de apoyar a las organizaciones de la sociedad civil representativas.

B. Diversidad e igualdad de representación

Más allá de las obligaciones específicas de promover la participación en igualdad de condiciones en la vida pública y política, los órganos de tratados prestan cada vez más atención a la obligación de los Estados de promover la diversidad y la igualdad de representación en las instituciones. Aunque es evidente que estas cuestiones se entrecruzan con las obligaciones de eliminar las barreras discriminatorias directas e indirectas a la participación y con las obligaciones de adoptar medidas positivas, también pueden desempeñar un importante papel en la formación de la opinión pública al combatir los estereotipos y los prejuicios.

[1250] *Ibid.*, párrs. 9, 10 y 15 (se ha omitido la nota a pie de página). Véase también A/HRC/40/54; A/HRC/37/56; A/73/161; y A/70/297.

Por ejemplo, en su recomendación general núm. 36 (2000), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó recientemente que:

> **Los Estados deberían velar por que las fuerzas del orden desarrollen estrategias de contratación, retención y promoción que promuevan una plantilla diversa que refleje la composición de la población a la que sirven. Esto podría incluir el establecimiento de cuotas internas y el desarrollo de un programa de contratación para las minorías étnicas. Ello puede influir en la cultura de los organismos y las actitudes del personal con vistas a una adopción de decisiones menos sesgadas.**
>
> **… Los Estados deberían velar por que las fuerzas del orden evalúen periódicamente las políticas de contratación y promoción y, en caso necesario, adopten medidas especiales de carácter temporal para abordar eficazmente la infrarrepresentación de diversos grupos nacionales o étnicos minoritarios y de grupos que sufran formas interseccionales de discriminación por razón, entre otras cosas, de religión, sexo y género, orientación sexual, discapacidad y edad[1251].**

C. Educación

Un elemento esencial de la obligación de hacer frente a las normas sociales negativas y de promover la igualdad es el deber de combatir los prejuicios, la estigmatización y los estereotipos y promover la diversidad y la igualdad a través de la educación. Esta obligación enlaza con el derecho a la educación, garantizado en la mayoría de los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos.

El artículo 13, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "la educación… debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales [y]... capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que: "La enseñanza de los principios de igualdad y no discriminación debe integrarse en el marco de una educación multicultural e incluyente, tanto académica como extraacadémica, destinada a erradicar los conceptos de superioridad o inferioridad basados en los motivos prohibidos de discriminación y a promover el diálogo y la tolerancia entre los distintos grupos de la sociedad"[1252].

El artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece la obligación inmediata de los Estados de adoptar "medidas inmediatas y eficaces" en ámbitos como la enseñanza y la educación para combatir los prejuicios que conducen a la discriminación racial y para promover la comprensión y la tolerancia. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece una obligación positiva amplia, al afirmar que la educación debe orientarse a "desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana"[1253].

El artículo 10 c) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer exige que los Estados garanticen la "eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza", en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza. El artículo 5 b) exige que los Estados garanticen que la educación familiar incluya "el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos". El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado por separado que los Estados tienen una obligación derivada del artículo 2 e) que requiere que "promuevan la educación y apoyen los objetivos de la Convención en todo el sistema educativo y en la comunidad"[1254]. El Comité ha observado también que "Los Estados partes deben adoptar medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente. El

[1251] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 36 (2020), párrs. 46 y 47.

[1252] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 38.

[1253] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24, párr. 1 a).

[1254] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 36.

sistema educativo es uno de los ámbitos que se presta a una transformación que, una vez llevada a cabo, puede acelerar los cambios positivos en otras esferas". Sobre esta base, ha recomendado a los Estados, entre otras cosas, que elaboren "planes de estudios, libros de texto y material didáctico que no contengan estereotipos, y revis[en] los existentes, con objeto de eliminar los estereotipos de género tradicionales que reproducen y refuerzan la discriminación por razón de género de las niñas y las mujeres y de promover una imagen y una voz más equilibrada, exacta, saludable y positiva de las mujeres y las niñas"[1255].

D. Medios de comunicación y concienciación

Más allá del sistema de educación formal, la obligación de los Estados de eliminar la discriminación afrontando los factores sociales conlleva la obligación de influir en la percepción del público a través de los medios de comunicación y de iniciativas más amplias de educación y concienciación de la población.

En su recomendación general núm. 28 (2010), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer observó que, además de las obligaciones específicas dimanantes del artículo 5, los Estados tenían obligaciones en materia de concienciación vinculadas a la obligación que les impone el artículo 2 de "tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas"[1256]. En particular, el Comité afirmó que los Estados debían "conseguir la cooperación de todos los medios de comunicación en los programas de educación pública sobre la igualdad entre la mujer y el hombre y asegurarse en particular de que las mujeres conozcan su derecho a la igualdad sin discriminación [y] las medidas adoptadas por el Estado Parte para aplicar la Convención"[1257].

El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se centra específicamente en la toma de conciencia. En virtud de este artículo, los Estados partes se comprometen a promover una mayor conciencia y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas; y promover la toma de conciencia respecto de las capacidades de las personas con discapacidad. La Convención establece una lista ilustrativa de medidas de concienciación, entre las que se incluyen las campañas de sensibilización pública y la colaboración con el sistema educativo y los medios de comunicación[1258]. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha subrayado la importancia de la concienciación, y ha observado que "la discriminación no puede combatirse sin la toma de conciencia de todos los sectores del Gobierno y la sociedad" y que las medidas que se adopten en virtud de la Convención "deben acompañarse de medidas adecuadas de creación de conciencia"[1259].

E. Formación y sensibilización

El artículo 4, párrafo 1 i), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la obligación específica de los Estados de "promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención". En su observación general núm. 6 (2018), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad observa que "se debe impartir formación y educación a los organismos pertinentes, como los encargados de la adopción de decisiones, los proveedores de servicios u otros interesados", señalando que esa sensibilización es esencial para garantizar que las personas con discapacidad puedan acceder a los bienes y servicios en igualdad de condiciones con las demás[1260]. La Convención también incluye disposiciones explícitas sobre la capacitación en los artículos 8 (toma de conciencia), 9 (accesibilidad), 13 (acceso a la justicia), 20 (movilidad personal), 24 (educación), 25 (salud), 26 (habilitación y rehabilitación), 27 (trabajo y empleo) y 28 (nivel de vida adecuado y protección social).

[1255] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 36 (2017), párrs. 26 y 27 d).

[1256] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 36.

[1257] *Ibid*., párr. 38 e).

[1258] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 8, párr. 2.

[1259] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 39. Véase también A/HRC/43/27.

[1260] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 6 (2018), párr. 50.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado que los Estados deben llevar a cabo "programas específicos de educación y capacitación sobre los principios y las disposiciones de la Convención para todos los organismos gubernamentales, los funcionarios públicos y, en particular, los juristas y los funcionarios judiciales"[1261].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que "el Estado debe educar y capacitar a los funcionarios públicos, y poner esa capacitación también a disposición de los jueces y los candidatos a puestos del sistema judicial"[1262]. Como indica esta declaración, es especialmente importante que los jueces y los abogados comprendan el alcance y el contenido de la legislación internacional contra la discriminación para evitar malentendidos, interpretaciones incorrectas y una aplicación inadecuada de la ley[1263].

En su recomendación general núm. 36 (2000), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial proporcionó orientaciones detalladas sobre las obligaciones relativas a la capacitación. Observó que: "La educación y la formación en derechos humanos son fundamentales para asegurarse de que los agentes de policía no discriminen. Las instituciones nacionales de derechos humanos, en cooperación con las organizaciones de la sociedad civil, pueden desempeñar un papel fundamental en la formación de los agentes del orden, en el examen de las nuevas herramientas tecnológicas que podrían dar lugar a discriminación y en la identificación de otros riesgos en la práctica"[1264].

Esa capacitación debe garantizar la participación de "los grupos estigmatizados, incluidos aquellos cuyos miembros experimenten formas interseccionales de discriminación"[1265]. La capacitación debe impartirse con objetivos "que conciencien a los agentes sobre el efecto de los prejuicios en su labor y que muestren cómo comportarse de manera no discriminatoria"[1266] y se debería "evaluar y actualizar periódicamente para asegurarse de que tenga el efecto deseado"[1267].

En su resolución más reciente sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, el Consejo de Derechos Humanos puso de relieve "la importancia fundamental de la educación, la capacitación y el aprendizaje en materia de derechos humanos, el diálogo, incluido el diálogo entre culturas y religiones, y la interacción entre todas las partes interesadas y los miembros de la sociedad respecto de la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas"[1268]. Según el Consejo, estos elementos son "parte esencial del desarrollo de la sociedad en su conjunto", y garantizan "la difusión de mejores prácticas relacionadas, entre otras cuestiones, con la promoción de un entendimiento mutuo de las cuestiones de las minorías, la gestión de la diversidad reconociendo la pluralidad de identidades y la promoción de sociedades inclusivas, justas, tolerantes y estables, y de la cohesión social dentro de ellas"[1269].

F. Cumplimiento y aplicación

Como se ha expuesto anteriormente, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen obligaciones claras de abordar las causas profundas y los factores de la discriminación. Tanto estos instrumentos como los órganos de tratados han elaborado una lista no exhaustiva de políticas y medidas que los Estados

[1261] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010), párr. 38 d).

[1262] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 38.

[1263] En un caso especialmente conflictivo, diversas instancias judiciales y cuasi judiciales no pudieron decidir si un asunto se refería a discriminación por razón de nacionalidad o "situación personal" o si la demanda se refería a discriminación directa o indirecta (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, sentencia de 16 de julio de 2015). Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que se trataba de un caso de discriminación por motivos de origen racial o étnico. Se remitió al tribunal nacional para determinar si la discriminación en cuestión era directa o indirecta.

[1264] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 36 (2020), párr. 45.

[1265] *Ibid*., *párr*. 42.

[1266] *Ibid*.

[1267] *Ibid*. En la misma recomendación, el Comité también formuló recomendaciones relativas a la capacitación y la educación en materia de derechos humanos en el ámbito de la inteligencia artificial y la discriminación algorítmica. *Ibid*., párrs. 43 a 45.

[1268] Resolución 43/8 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo.

[1269] *Ibid*.

deben aplicar para cumplir estas obligaciones, que abarcan desde medidas para reforzar la representación y la participación en la vida pública hasta la lucha contra los estereotipos y la promoción de la igualdad a través del sistema educativo.

El cumplimiento de estas obligaciones exige una respuesta global de todo el sistema que vaya más allá de la codificación de las obligaciones en la legislación. No obstante, los Estados deben garantizar que la legislación contra la discriminación exija y prevea la adopción y aplicación de estas medidas. Como mínimo, esto requiere el establecimiento de obligaciones y requisitos exigibles —en el marco de la legislación— para combatir los prejuicios y la estigmatización y contrarrestar los estereotipos. Estos requisitos generales deben complementarse con obligaciones específicas en los ámbitos de la participación y la representación en la vida pública, la educación, los medios de comunicación, la capacitación y la sensibilización.

Estas obligaciones deben integrarse y reflejarse en todos los demás ámbitos de la ley que establecen deberes para los actores estatales. Los programas de acción positiva desempeñan una función importante en la lucha contra los prejuicios y los estereotipos, en particular al permitir avanzar rápidamente hacia la igualdad de representación en ámbitos de la vida pública. Las disposiciones jurídicas que detallan las obligaciones de acción positiva deben incluir requisitos explícitos para abordar los factores de discriminación. Las obligaciones legales en materia de igualdad deben incluir la obligación de detectar las causas profundas y los factores de discriminación y de adoptar medidas eficaces para afrontarlos, así como la obligación general de promover una representación igualitaria y diversa. La evaluación del impacto sobre la igualdad debe incorporar requisitos específicos para detectar y eliminar el impacto de leyes y políticas que contribuyan a originar, consolidar o agravar los prejuicios, los estereotipos o la estigmatización.

Los elementos de las leyes contra la discriminación centrados en las instituciones también deben incluir la obligación de hacer frente a los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley —ya sean tribunales u organismos de igualdad— deben estar facultados para ordenar recursos sociales, como apologías o memoriales públicos, e institucionales, como programas de capacitación. Los organismos de igualdad deben disponer de un mandato y de competencias para promover la igualdad y la no discriminación y afrontar las fuerzas sociales que las socavan. Esto debería incluir competencias específicas para llevar a cabo programas de enseñanza, concienciación, capacitación y sensibilización.

Es esencial que, además de establecer deberes y obligaciones para hacer frente a los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización, las leyes contra la discriminación prevean una acción coercitiva en situaciones en las que el Estado no cumpla esas obligaciones y no adopte medidas adecuadas, proporcionadas y eficaces. Si bien las obligaciones de los Estados en este ámbito son proactivas y no deben surgir solo como respuesta o reparación ante una denuncia, la posibilidad de exigir el cumplimiento es fundamental para garantizar su eficacia.

III. CONCLUSIÓN: PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y LA DIVERSIDAD

Las obligaciones que los tratados internacionales imponen a los Estados no solo les exigen prohibir la discriminación por ley, sino eliminarla de hecho. La adopción de medidas positivas y proactivas para abordar las causas profundas y los factores de la discriminación es un elemento esencial e indispensable de tal obligación. Esto, a su vez, requiere un programa de acción exhaustivo, impuesto y respaldado por deberes y obligaciones exigibles en el marco de la legislación contra la discriminación, como se ha detallado anteriormente.

Sin embargo, si los Estados pretenden cumplir sus obligaciones y honrar sus compromisos de eliminar la discriminación y garantizar la igualdad de participación, sus esfuerzos deben ir más allá de la lucha contra los prejuicios, los estereotipos y la estigmatización. El objetivo no debe ser solo hacer frente a las fuerzas sociales negativas, sino también promover activamente sociedades igualitarias, diversas e integradoras. Es preciso desplegar esfuerzos para promover el entendimiento entre personas y grupos con características, condiciones y creencias diferentes, y demostrar la forma en que unas economías y sociedades más igualitarias y diversas resultan beneficiosas para todos.

De hecho, esto señala una verdad más fundamental. Inevitablemente, la presente guía se ha centrado en gran medida en prescripciones negativas, es decir, en las obligaciones de los Estados de prohibir, prevenir y

hacer cumplir. Estas medidas son absolutamente necesarias y esenciales para que los Estados cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos a la no discriminación. Sin embargo, la aprobación de esas leyes no representa un final, sino un principio.

En última instancia, los Estados solo harán efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación si aprueban leyes generales contra la discriminación y las utilizan como plataforma, o fundamento, de una iniciativa de todo el sistema destinada a promover una sociedad igualitaria, diversa e inclusiva.

NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

EQUAL RIGHTS TRUST

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
Palacio de las Naciones
CH 1211 Ginebra 10, Suiza
Correo electrónico: ohchr-infodesk@un.org
Sitio web: www.ohchr.org/es

Equal Rights Trust
Second Home London Fields
125-127 Mare Street
Londres E8 3SJ, Reino Unido
Correo electrónico: info@equalrightstrust.org
Sitio web: www.equalrightstrust.org

Printed at United Nations, Geneva – 2209927 **(S)** – March 2024 – 1,586 – **HR/PUB/22/6**