

Algunas reflexiones sobre los actos discriminatorios y la responsabilidad civil



FELIPE OSTERLING PARODI

Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio.
Profesor Principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984.
Ponente del Libro VI sobre Obligaciones.
Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ministro de Estado en la cartera de Justicia.
Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima.
Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número.
Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La igualdad y el Derecho a la No-Discriminación:
 1. La igualdad como principio fundamental;
 2. La no-discriminación;
 3. Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades.
- III. Responsabilidad Civil y Actos Discriminatorios:
 1. La antijuricidad de la conducta del agente;
 2. Responsabilidad civil y discriminación directa;
 3. Responsabilidad civil y acciones positivas;
 4. Responsabilidad civil y discriminación indirecta;
 5. El daño;
 6. La imputabilidad.
- IV. Comentarios Finales.

I. INTRODUCCIÓN

Los cambios y avances que se han producido en los últimos años en los ámbitos social, político y económico, nos presentan una realidad en que las formas de afectación al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado se superan de día en día, lo que se traduce fundamentalmente en el campo jurídico. Sin embargo, la discriminación de facto, con sus diversas manifestaciones, sigue dificultando el pleno logro de los derechos humanos. No obstante los progresos obtenidos en algunas esferas, las distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias basadas en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, el sexo, las creencias religiosas y culturales o la situación social y económica, todavía continúan creando conflictos y agravándolos, lo que conlleva incontables sufrimientos.

La injusticia que se encuentra implícita en todo acto discriminatorio, así como los peligros que representa, determinan que la eliminación de aquellos sea una de las metas a cumplir en cada sociedad que pretende avanzar y ser efectivamente un Estado de Derecho.

Como sabemos, la noción de actos discriminatorios y la discriminación en sí, se encuentran vinculados de manera intrínseca al principio de igualdad. Ello, toda vez que, como bien lo señala García Morillo¹, tal principio califica, sin lugar a dudas, como el prototipo de un derecho relacional:

"Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su trasgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino con referencia a la regulación, ejecución o aplicación del acceso a cargos públicos, a la libertad de residencia, al derecho al tra-

abajo o a la tutela judicial efectiva, por solo poner unos ejemplos".

La igualdad puede ser definida como el valor jurídico fundamental y legitimador de los derechos humanos, cuya realización social efectiva supone la ausencia de discriminación hacia cualquier sujeto de derecho. La violación de la igualdad implica, necesariamente, la violación de otro derecho fundamental mediante el cual esta se materializa. Los daños que pueden derivar de dicha afectación no son para nada nimios, en tanto significan un atentado a la propia dignidad humana.

Partiendo de esta premisa, y sin olvidar los mecanismos de solución que existen en el ámbito constitucional —léase acción de amparo—, la responsabilidad civil se presenta como una alternativa para hacer frente a los efectos nocivos de los actos discriminatorios. Ello, en la medida que la misma cumple con un claro objetivo resarcitorio.

En las siguientes páginas, y pese a que somos conscientes que tal empresa es bastante compleja, efectuaremos una reflexión crítica respecto del tema, de modo que logremos alcanzar una perspectiva de la responsabilidad civil que se deriva de la práctica de actos discriminatorios. Si bien no pretendemos realizar un análisis exhaustivo (ya que su extensión no nos lo permite), sí buscamos asentar las pautas y criterios esenciales que deben considerarse a la hora de evaluar el daño provocado por la violación del derecho a la no-discriminación. Con tal fin nos vemos en la necesidad de realizar también un análisis de los distintos aspectos y planos de la igualdad.

II. LA IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO-DISCRIMINACIÓN

1. La igualdad como principio fundamental

Son tres los principios fundamentales por los cuales se rigen los derechos humanos, toda vez que los mismos determinan su protección

1 EGUIGUREN PRAELL, Francisco, *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: *Revista Ius et Veritas*, No. 15, Lima, 1997, p. 64.

universal en el sistema social y jurídico. Estos principios son la igualdad, la autodeterminación y la no-discriminación.

La Real Academia Española establece una definición genérica de igualdad: "Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, cantidad o calidad".² A través de esta definición podemos observar que para que haya igualdad es necesario que existan, al menos, dos elementos a comparar. Esto se ha aplicado a seres humanos; si bien todos ellos poseen una misma naturaleza en cuanto personas que son, hay ciertos factores socioculturales que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, imponiendo ciertas diferencias. Aquellas diferencias se pueden percibir desde la antigüedad, cuando la esclavitud y la preponderancia de sociedades estamentales generaron un criterio de distinción que conllevó un trato desigual a algunos grupos por factores de diversa índole.

En tanto este tipo de diferencias creadas no posee una base racional que justifique el establecimiento de un trato desigual, es que se han dictado normas que han venido a construir un marco que se presenta como la base del respeto de los derechos humanos en general. Estas normas reconocen que todas las personas somos iguales.

La igualdad es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspira a la justicia social y a la realización de los derechos humanos. Desde la creación de las Naciones Unidas, los Estados han aceptado que todos los miembros de la familia humana tienen derechos iguales e inalienables. De esta manera, en las declaraciones, los pactos y las convenciones se han comprometido a garantizar y defender esos derechos.

Uno de los primeros y más importantes logros de la citada organización, en lo concerniente a los derechos humanos, fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en 1948. ³ Sobre la base de

la igualdad de dignidad y derechos de todo ser humano, la Declaración proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".³

Asimismo, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece que entre los objetivos básicos de la Organización de las Naciones Unidas se encuentra el de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres".

A ello se suma el hecho de que el artículo 1 de la Carta proclama como uno de los propósitos de las Naciones Unidas, el lograr la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Así, podemos citar un significativo número de tratados internacionales en los que se pretende erradicar toda forma de discriminación y establecer la hegemonía del principio de igualdad:

- ☐ Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial.
- ☐ Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- ☐ Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid.
- ☐ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación).
- ☐ Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.
- ☐ Convenio sobre igualdad de remuneración.

2. *Real Academia de la Lengua Española*. Tomo II, ESPASA CALPE S.A., Madrid, 1984, p. 805.

3. Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

- ☐ Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.
- ☐ Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.
- ☐ Convención sobre los derechos políticos de la mujer.
- ☐ Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.
- ☐ Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra.
- ☐ Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.
- ☐ Convención sobre el derecho internacional de rectificación.
- ☐ Declaración sobre la concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la mayoría de países, principalmente los Estados Democráticos, han adoptado como uno de sus principios fundantes a la igualdad, de modo que esta sirva de sustento a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

La Constitución Política peruana de 1993 señala, en su artículo 2, inciso 2, que toda persona tiene derecho a la igualdad y que nadie puede ser discriminado por motivo de raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole. En este sentido, según expresiones de Francisco Eguiguren Praeli⁴:

"Desde el ámbito constitucional se aprecia, en consecuencia, que la igualdad puede ser vista desde dos planos:

(...) de un lado, como un principio rector del ordenamiento jurídico del Estado Democrático de Derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que este debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratada con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación".

2. La no-discriminación

Ahora bien, ya en lo que a discriminación se refiere, discriminar, en forma genérica, supone seleccionar, elegir, separar y distinguir entre cosas, hechos, acciones y derechos. Es decir, cuando para separar se utilizan pautas basadas, entre otros criterios, en el sexo, la nacionalidad y la religión, creando clases para excluir a ciertos grupos de derechos constitucionales y civiles básicos, es cuando comienza el problema⁵.

Según expresa César Haro Lázaro⁶:

"El término discriminación, se utiliza para denotar un trato desigual a personas iguales, bien por el otorgamiento de favores o por la imposición de cargas. Por tanto, siempre que aparece el término discriminación en el contexto del derecho internacional, existe una presunción implícita de su relación con una norma, o conjunto de normas, que imponen la igualdad de trato. Además la idea de discriminación conlleva generalmente la idea de injusticia".

Los pilares fundamentales de la no-discriminación son los valores de igualdad y dignidad de todos los seres humanos. En particular, la prohibición de toda forma de discriminación, cualquiera

4. EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Op. Cit.*, p. 63.

5. LEONARDI DE HERBÓN, Hebe Mabel, *La Constitución nacional y la discriminación*. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Alfonsín*, Abeledo Perrot S.A.E., Buenos Aires, 1997, p. 314.

6. HARO LÁZARO, César, *Derechos humanos, instrumentos jurídicos y pilares doctrinarios*, A.E.A., Lima, 1998, pp. 28 y 29.

que fuese la razón, es la manera de garantizar el ejercicio efectivo de todos los derechos y libertades fundamentales a los hombres. La no-discriminación, es decir, la igualdad como base para el ejercicio de todos los derechos fundamentales, ha sido incorporada como derecho en los textos nacionales e internacionales, tal y como hemos podido apreciar en el punto anterior.

A estas alturas, resulta evidente que la legislación tiene un rol importante en el mejoramiento de la calidad de vida de las víctimas de la discriminación. No obstante, la sola declaración de igualdad no basta para erradicar –de una vez por todas– la discriminación. Por ello, el reto y objetivo de nuestra legislación ya no es simplemente la declaración de derechos, sino la viabilización de los derechos fundamentales logrados, de modo que éstos efectivamente se materialicen.

La discriminación se da a partir de causas estructurales, de patrones culturales que permanecen fuertemente arraigados en países como el nuestro. Por lo mismo, además de una adecuada política legislativa que tome en cuenta los distintos aspectos que encierra la igualdad como principio, garantía y derecho esencial, es necesario comprometerse a adoptar medidas en las esferas de la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios y promover por igual la comprensión y la tolerancia.

3. Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades

Como bien señala Javier Neves Mujica⁷, en estos temas intervienen tanto el concepto de igualdad como el de discriminación, cuyos significados han venido evolucionando, modificándose la relación que guardan entre sí. Es

posible identificar, entonces, dos etapas.

Una primera está constituida por la fase de la igualdad formal y su correspondiente discriminación directa. En esta etapa, la igualdad exige una verificación de hecho para comparar individuos y determinar si se encuentran en una situación semejante o no. Según lo comprobado, se otorgará un trato diferente o una misma consecuencia jurídica, de modo que el trato no puede ser igual para los desiguales y desigual para los iguales.⁸

Como indica César Haro⁹:

“De allí que el concepto igualitario esté referido a las personas de características ya que no idénticas, porque ello es imposible, a las que tienen características semejantes dentro de una normalidad natural. Por eso se ha dicho que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales (...).

Por eso cuando en términos de Derecho se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y posibilidades”.

Dentro de la igualdad formal es dable distinguir entre la igualdad ante la ley y la igualdad de trato. La primera, de carácter público, supone que es el Estado el sujeto obligado a reconocer las diferencias y semejanzas de las distintas situaciones que se presentan. Por ende, el Estado no puede “aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas”.¹⁰ Asimismo, los órganos públicos deben aplicar

7 NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 107.

8 *Ibid.*, p. 108.

9 *Op. Cit.*, p. 25.

10 EGUIGUREN PRAEL, Francisco, *Op. Cit.*, p. 64.

las leyes de manera semejante a personas que se encuentren en circunstancias similares.

La segunda, en cambio, vincula la autonomía privada en sus diversas manifestaciones, sean estas normativas o no normativas. La igualdad de trato tiene como ámbito, por consiguiente, al Derecho Privado, que obliga a todos los ciudadanos y al Estado mismo en cuanto a su actuación como sujetos privados.

Si bien la Constitución de 1993 no se refiere expresamente a la igualdad de trato, sí la reconoce implícitamente, ya que toca el tema de la igualdad de oportunidades, la misma que presupone la anterior.

Desde otra perspectiva, son actos discriminatorios todos aquellos que signifiquen violaciones al derecho de igualdad ante la ley y a la igualdad de trato; esto es, todos los actos que supongan un trato desigual a los iguales e igual a los desiguales. Vale recalcar que en esta concepción la igualdad es formal puesto que no pretende cambiar la realidad sino solo regular los comportamientos que en ella se producen.

La segunda etapa está constituida por la denominada fase sustancial y su correspondiente discriminación indirecta. En esta segunda etapa, que se construye sobre la base de la anterior, las nociones de igualdad y de discriminación evolucionan. Ahora sí se busca transformar la realidad.

En lo concerniente a la igualdad, como indica Neves Mujica¹¹:

"(...) se pretende verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades de disfrutar de los beneficios o si no las tienen. Si se llega a una respuesta negativa, se puede llevar a cabo una política de igualación efectiva a favor de las colectividades disminuidas. Son las llamadas -por la legislación italiana- acciones positivas. No se consideran discriminatorias, aunque transitoriamente conlleven medidas des-

iguales, ya que su objetivo final concuerda con el de un Estado Social de Derecho: la igualdad sustancial. El Tribunal Constitucional Español denomina a esto derecho desigual igualatorio. Estamos, pues, ante la igualdad de oportunidades (...).

En este marco surge la discriminación indirecta, concebida como el impacto adverso que algunas medidas aparentemente neutras tienen sobre una colectividad en proporción mayor que sobre las demás. Se trata de decisiones que se aplican por igual a todos, pero que, por la existencia de grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diferenciados. No interesa si hay o no en el agente intención lesiva. Para no resultar discriminatorias, esas medidas deben estar justificadas (...)."

De lo acotado se infiere que la noción de igualdad significa mucho más que tratar a todas las personas de la misma manera. Si otorgamos un trato igual a personas que se encuentren en circunstancias desiguales, lo que haremos será perpetuar, y no erradicar, la injusticia. La igualdad verdadera solo puede surgir de esfuerzos encaminados a abordar y corregir esas situaciones desequilibradas. Esta visión más amplia de la igualdad ha llegado a ser el principio subyacente y el objetivo último de la lucha por el reconocimiento y la aceptación de los derechos humanos.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ACTOS DISCRIMINATORIOS

Partiendo de lo expuesto podemos sostener que los actos discriminatorios atentan contra el principio de igualdad y con el derecho de toda persona a no ser discriminada, lo que implica, indefectiblemente, un atentado contra la dignidad de la persona que es víctima de tal discriminación. Asimismo podemos afirmar que los actos de discriminación se concretan en la violación de distintos derechos reconocidos no solo en el ámbito constitucional, sino también,

11 Op. Cit., pp. 112 y 113.

por ejemplo, a nivel del Derecho Civil o del Derecho del Trabajo, en tanto pueden tener como escenario diversos ámbitos de desenvolvimiento. De este modo, los actos discriminatorios pueden darse dentro del ámbito familiar, laboral, o en el simple actuar cotidiano.

El ordenamiento jurídico otorga mecanismos de defensa para proteger nuestro derecho a no ser discriminados. Uno de ellos es la acción de amparo, que es una garantía constitucional que tiene por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.¹² En el caso de que los actos discriminatorios supongan, además, la configuración de un tipo penal, el sujeto que realice tal acto será sancionado.

La responsabilidad civil, por otro lado, se presenta como una figura jurídica que si bien no cumple con la misma finalidad (esto es, reponer las cosas a su estado anterior o castigar al autor del acto) también resulta aplicable. Ello, en razón de que, como sabemos, "es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos".¹³ Queda claro que se libera a la víctima y se coloca el peso en otra persona –el agente del daño, o causante o responsable–, siempre y cuando la responsabilidad le sea imputable a esta.

Lo que se busca con la responsabilidad civil, entonces, no es sancionar al agente, sino reparar a la víctima. Se persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca o no un castigo, aspecto del que se encarga el Derecho Penal.

Por la naturaleza del tema que nos atañe, resulta obvio que la responsabilidad civil es extracontractual, lo cual tiene serias implicancias en lo que respecta a los efectos jurídicos y a las normas aplicables. Para que se configure la responsabilidad extracontractual será necesario que concurren sus elementos esenciales, vale decir:

- ☐ La antijuricidad de la conducta del agente.
- ☐ El daño y el nexo causal con dicha conducta.
- ☐ La imputabilidad del agente, que puede deberse a diversos factores de atribución.

1. La antijuricidad de la conducta del agente

No parece complejo sostener que los actos discriminatorios constituyen violaciones directas al principio de igualdad, toda vez que la esencia especial de este principio supone la contravención de otros derechos. Debido a la amplitud que encierran las violaciones al derecho a no ser discriminado, resulta conveniente adoptar como eje de nuestro análisis –o como ejemplo, si se quiere– los actos discriminatorios contra la mujer, es decir, aquellos en los que se toma como pauta de diferenciación el sexo de las personas, sin una justificación racional que lo amerite. En palabras de Gaby Oré Aguilar¹⁴:

"El principio general de igualdad y no discriminación está contenido en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución. La norma incide especialmente en la igualdad por razón de sexo, concordante con el principio de igualdad ante la ley reconocida en el Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...).

¹² Artículo 1 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo.

¹³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, Volumen I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 47.

¹⁴ ORÉ AGUILAR, Gaby, *Legislación, trabajo y empleo de las mujeres en el Perú*, Regulación del trabajo de la mujer en América Latina, XXX, pp. 323–325.

A partir de la adopción de la Constitución de 1979, cuyos principios se reflejan en el posterior Código Civil de 1984, desaparecen las restricciones en la capacidad jurídica de las mujeres contempladas en los anteriores Códigos, que limitaban, y en algunos casos impedían, el ejercicio libre de la contratación, la adquisición de la propiedad y los actos de comercio.

Desde esta perspectiva, sostenemos que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato o diferencia ante la ley por motivos de sexo, que intencionada o no intencionadamente, desfavorezca a la mujer; o evite que la sociedad en su conjunto desconozca los derechos de la mujer a ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de las que son titulares.

En general, es factible afirmar que toda conducta que va en contra del principio de igualdad es antijurídica, puesto que el mismo constituye un principio rector de justicia en el desarrollo del ordenamiento jurídico del Estado y en la administración de justicia que garantiza la aplicación de la norma adecuada para hacer vigente el derecho de la persona, o para imponer una sanción o responsabilidad jurídica. Y todo ello, tanto en el ámbito público como en el privado.¹⁵

En términos generales, debemos tomar en consideración si la antijuridicidad está referida a una violación de la igualdad formal, o a una violación de la igualdad material, o, en otras palabras, si se trata de un supuesto de discriminación directa o de discriminación indirecta. De igual modo, habrá que verificar si verdaderamente nos encontramos frente a un caso de discriminación, o si el trato diferenciado obedece a medidas de discriminación inversa y, por ende, de acciones permitidas e incluso deseadas por el Derecho.

2. Responsabilidad civil y discriminación directa

En este punto, son muchas las situaciones que pueden presentarse; la antijuridicidad de aquellas, estará determinada por una simple constatación: "que se otorgue un trato desigual a los iguales y un trato igual a los desiguales". Se trata de violaciones a las normas que emanan del principio de igualdad y al reconocimiento de la dignidad de la persona como base para su respeto. "En varios países del mundo se priva a la mujer de sus derechos legales básicos, incluido el derecho de voto y el derecho de propiedad. Tales casos de diferenciación jurídicamente consolidada pueden fácilmente conceptuarse como discriminatorios. Al mismo tiempo, no toda diferenciación constituye discriminación".¹⁶

Además de establecer el criterio de la diferenciación (el sexo), también es necesario considerar su resultado. Si este es la anulación o el menoscabo de la igualdad de derechos en cualquiera de las formas enunciadas, la diferenciación entonces es discriminatoria y, por ende, está prohibida.

3. Responsabilidad civil y acciones positivas

Como hemos advertido, las acciones positivas y medidas de discriminación inversa tienen por objetivo superar obstáculos y condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad ante la ley y su aplicación, toda vez que se busca transformar la realidad y no solo regularla. Para ello se confiere un trato diferenciado y más favorable a grupos o sectores que se encuentran en una situación social de subordinación o marginación, para otorgarles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados en el ámbito constitucional o legal.¹⁷

15. HARO LÁZARO, César. Op. Cit., p. 25.

16. Discriminación contra la Mujer: Convención y el Comité, Folleto Informativo No. 22.

17. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. Cit., p. 69.

Para determinar cuándo nos encontramos ante una acción positiva y, por ende, frente a medidas justificadas tendientes a otorgar un tratamiento preferencial que, en definitiva, está orientado a conseguir la denominada igualdad material o sustancial, es necesario evaluar el marco en el que los hechos se presenten. Sobre este particular, Hebe Mabel Leonardo de Herbón¹⁸ sostiene que la acción positiva, para ser tal y evitar violar el principio de igualdad ante la ley, debe cubrir al menos cuatro recaudos:

- Cada programa tiene que ejercerse por un tiempo limitado a fin de mantener una discusión actualizada sobre su necesidad. En esta parte resulta pertinente citar los comentarios que hiciera la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Folleto Informativo número 22¹⁹:

"Las medidas especiales se utilizarían sencillamente para acelerar el logro de la igualdad de facto para la mujer y no deberían crear normas separadas para la mujer y el hombre. En otras palabras, la idoneidad de toda medida especial debe evaluarse con respecto a la existencia real de prácticas discriminatorias. En consecuencia, una vez que se alcancen los objetivos de igualdad de oportunidades y trato, esas medidas especiales dejarán de ser necesarias y deberán cesar".

No obstante, siempre habrá casos excepcionales en que el trato especial será la única manera de garantizar una igualdad genuina. Por ejemplo, para salvaguardar los intereses individuales y comunitarios de los niños, es preciso prestar atención constantemente a la salud, los ingresos u otras ganancias de las madres. Por consi-

guiente, las medidas especiales para proteger la maternidad serán siempre necesarias y nunca deberán abandonarse.

De esta forma, las medidas correctivas deben aplicarse mientras la desigualdad persista, mas no con carácter de permanencia, pues de ser así se estarían creando nuevas situaciones de desigualdad y, por consiguiente, generando nuevas víctimas y sujetos pasivos que deben afrontar daños y perjuicios derivados de los actos discriminatorios que ello significaría.

- El objetivo de cada programa o medida debe ser el romper cierta inercia social en lo que hace a creencias, actitudes y prejuicios que afecten a grupos minoritarios y mujeres.
- Su implementación debe realizarse con extremo cuidado, para evitar consecuencias adversas; de otro modo se podría llegar a producir reacciones adversas que empeoren la situación de aquellos a los que se quiere beneficiar. Además, es preciso recordar que un trato preferencial no equivale a un privilegio.
- A su vez, es necesario tener presente que igualdad y uniformidad no son sinónimos, por lo que se deben respetar y proteger en los grupos minoritarios sus usos, costumbres, lengua y características peculiares.

Muy similares son los criterios que brinda Egúguren²⁰ y que consisten en cinco condiciones que de concurrir implicaría que nos encontrásemos ante acciones positivas y no frente a actos que importen una violación del derecho a no ser discriminado:

18. LEONARDO DE HERBÓN, Hebe Mabel, *La Constitución nacional y la discriminación*. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Alberdi*, Op. Cit., p. 315.

19. La finalidad de los Folletos Informativos sobre los derechos humanos consiste en que cada vez más personas conozcan los derechos humanos fundamentales, labor que realizan las Naciones Unidas para promoverlos, protegerlos y los mecanismos internacionales con que se cuenta para ayudar a hacerlos efectivos.

20. EGÚGUREN PRAELI, Francisco, Op. Cit., p. 72.

- ☐ Que los ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho.
- ☐ Que el trato desigual que se le otorga tenga una finalidad.
- ☐ Que dicha finalidad sea razonable, es decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
- ☐ Que el supuesto de hecho, esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga, posean coherencia interna y racionalidad interna.
- ☐ Que esa racionalidad sea proporcionada, de modo que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si se trata de una acción positiva, no habrá actuar antijurídico y, consecuentemente, no podrá configurarse la responsabilidad civil extracontractual.

4. Responsabilidad civil y discriminación indirecta

Como lo indicamos anteriormente, la discriminación indirecta implica que medidas que a simple vista son neutras tienen consecuencias nocivas, de modo que constituyen actos discriminatorios que suponen un perjuicio para un sector inidentificable de la sociedad. De esta forma, una decisión que aparenta ser conforme a Derecho y no representar ningún tipo de trato preferencial constituye, en definitiva, una conducta antijurídica, no por la medida en sí misma, sino por los resultados que esta conlleva. Según refiere Neves Mujica²¹:

"Este sería el caso de un empleador que convocara trabajadores para ocupar un puesto

de operario de limpieza, con el requisito de tener una estatura mínima de 1.70 metros. La exigencia tendría que ser satisfecha por igual por cualquier postulante, pero en los hechos los aspirantes varones tendrían mayores probabilidades de cumplimiento del requisito que las mujeres. No parece ser indispensable para la empresa que los operarios de limpieza cuenten con dicha estatura. Estamos, por tanto, ante una discriminación indirecta."

Los criterios que deben conducir el análisis de la antijuridicidad de la conducta se orientan, en consecuencia, a tres puntos clave, que deben concurrir:

- ☐ La medida debe resultar objetiva a simple vista, es decir, no puede ser una afectación directa, pues de serlo nos encontraríamos en un supuesto distinto. La medida no supone, entonces, un trato preferencial, ya que se aplica por igual a todos los sujetos.
- ☐ La medida tomada debe tener un impacto adverso sobre un grupo o sector de la colectividad más que en otro. No basta con que la decisión afecte a un individuo de manera aislada, sino que lo afecte en tanto pertenece a un colectivo, como ocurre en el caso del ejemplo.
- ☐ La medida no debe estar justificada por la necesidad de la empresa o el sujeto que la practique. Si lo está, pero existen a su vez otras medidas alternativas cuyas consecuencias son menos desfavorables, la medida sigue siendo discriminatoria²².

5. El daño

El daño, consecuencia del actuar antijurídico del agente, debe ser cierto y probado. Según lo primero, el daño debe ser efectivo, esto es, si se quiere aspirar a una reparación no puede ser eventual o hipotético. El simple peligro o la

²¹ Op.Cit. p. 113.

simple posibilidad de sufrir un perjuicio no da lugar a indemnización.

El daño puede ser futuro o presente, ya que como indica De Trazegnies²²; no cabe duda que el daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la posibilidad efectiva de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo.

De manera genérica, todo acto discriminatorio se traduce en un daño, por cuanto encierra la violación del principio y el derecho a la igualdad, y con ello, al menoscabo de su dignidad. A lo que hay que agregar que en un análisis casuístico es factible detectar daños de diversa índole. No olvidemos que la igualdad es un derecho relacional que no se viola en abstracto, sino con relación a otros derechos; por consiguiente, hacer una lista cerrada que intente incluir todas las posibilidades es una labor tan ardua como absurda e imposible. Basta, entonces, con decir que el daño debe cumplir con los requisitos propios del mismo, a lo que habría que agregar que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo de la situación concreta.

6. La imputabilidad

La conducta antijurídica que ha desencadenado el daño moral o el daño patrimonial, según corresponda, ha de ser imputable a su autor. El factor de atribución de responsabilidad no será, en cada supuesto, similar. La intención o falta de la misma tendrá relevancia sobre la base del caso concreto que se evalúe. Como hemos sostenido a través de este estudio, la igualdad posee una doble dimensión y puede ser formal o sustancial; por lo que se deberán tomar pautas diferentes al calificar el hecho y verificar el factor de atribución, que no necesariamente será el mismo en todos los supuestos.

Así, tenemos que en los casos referidos, por ejemplo, a los actos de discriminación indirecta no es necesario probar la intención del agente; basta con probar la antijuricidad del acto, el daño en que ha derivado y la relación de causalidad entre este y el comportamiento del causante.

Ello lo podemos fundamentar en la posición del ordenamiento jurídico peruano, la misma que no se conforma con la igualdad formal, sino que pretende la transformación de la realidad, por lo que otorga mayor protección a los grupos que dentro de la colectividad se ven afectados por un trato desigual, que no se fundamenta en una causa racional u objetiva. Nos encontraríamos, por consiguiente, dentro de una manifestación atenuada de la teoría objetiva.

En lo que concierne a los actos de discriminación directa, parece adecuado optar por la teoría subjetiva, aceptando como factor de atribución no solo el dolo o la culpa grave, sino también, por lo intrincado de la problemática y de los principios en juego, la culpa leve.

IV. COMENTARIOS FINALES

Tras lo expuesto, resulta evidente que la responsabilidad civil derivada de actos discriminatorios es un tema bastante amplio, el mismo que abarca una infinidad de supuestos que no pueden evaluarse bajo una misma óptica.

La igualdad es un principio y un derecho que envuelve situaciones diversas, en tanto su violación supone, asimismo, la contravención de algún otro derecho. Además, también tiene una concepción muy amplia, lo que se manifiesta en su doble dimensión y en su doble contenido (formal y sustancial). No solo consiste en tratar igual a los iguales y diferente a los desiguales, sino que se deben tomar medidas para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado. No es suficiente esforzarse por lograr la igualdad en el plano "vertical", ante

22. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, Volumen II, Op. Cit., p. 19.

las autoridades públicas. No basta solamente con insertar cláusulas no discriminatorias en la legislación. También se debe asegurar la no discriminación en el plano "horizontal", incluso dentro de la familia.

Ahora bien, allí donde se han producido daños como consecuencia de un actuar discriminatorio, la figura de la responsabilidad civil debe hacerse presente. Tal figura también posee una gran extensión, logrando desenvolverse en todos los ámbitos, de modo que juega un rol más que importante al momento de reparar,

de resarcir, al menos económicamente, a la víctima.

No es posible establecer un único criterio para la valoración del hecho y de la procedencia de la indemnización; será necesario un análisis de cada caso concreto, tomando como pautas las esbozadas en este texto. El juez que realice la evaluación tendría que ponderar cada supuesto de hecho. No olvidemos que muchas veces se presentan situaciones límites en las que la resolución del problema dependerá de los derechos y valores que se opte por privilegiar.