

**UNA INTRODUCCIÓN AL PROYECTO DE CONVENCIÓN
INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO Y TODA FORMA DE
DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA**

DIEGO MORENO*

* Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. Las opiniones expresadas en este trabajo son a título personal, y por tanto, no necesariamente coinciden con las de la Secretaría General ni comprometen en modo alguno a ésta. El autor agradece a Dante Negro y a Roberto Rojas por sus valiosos comentarios a versiones previas de este trabajo. Los errores que permanecen son imputables sólo al autor.

Sumario: I. Introducción. II. Sobre el por qué de un proyecto de convención contra la discriminación para las Américas y cuál debería ser su naturaleza. A. Escepticismo. B. A favor de un proyecto de convención. 1. Proyecto limitado a la discriminación racial. 2. Concepción amplia o inclusiva del proyecto de convención. III. El principio de no-discriminación y su consagración a nivel universal y hemisférico. A. El principio de no-discriminación y el principio de igualdad. Algunos aspectos teóricos y conceptuales. B. El principio de no-discriminación en los principales instrumentos internacionales. 1. El sistema universal. 2. El sistema interamericano. IV. El actual documento consolidado (proyecto de convención). A. Descripción general del proyecto. B. Un análisis de la definición de discriminación del proyecto de convención (artículo 1.1.). 1. El principio de igualdad y la fórmula “distinción, restricción, exclusión o preferencia”. 2. “Ámbito de la vida pública o de la vida privada”. 3. Los motivos o bases de discriminación. i. *Digresión:* La discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género. 4. El “objetivo” o “efecto” de menoscabar los derechos: discriminación “directa” e “indirecta”. B. Las demás definiciones relacionadas a la discriminación contenidas en el artículo 1 del proyecto. 1. La discriminación “agravada”. 2. Las “medidas especiales” o de “acción afirmativa”. V. Conclusión.

I. Introducción

Las organizaciones internacionales han constituido foros bajo los cuales se han negociado las más importantes convenciones internacionales sobre derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del sistema de tratados derechos humanos constituido al abrigo de las Naciones Unidas¹, y a nivel regional, de los numerosos tratados de derechos humanos elaborados al amparo de la Organización de los Estados Americanos (OEA)². En este momento, el Proyecto

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990).

² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada

D. MORENO

de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia sobre el que trata esta exposición es el único instrumento llamado a constituirse en un tratado de naturaleza vinculante que está siendo negociado en el marco de la OEA. Es decir, se trata de un instrumento que, en caso de ser finalmente adoptado, y una vez que entre en vigor, será jurídicamente exigible a los Estados que lleguen a ser partes del mismo, y pasará a formar parte de los tratados de derechos humanos del sistema interamericano³. Tal es la magnitud y el significado histórico del proceso tendiente a la elaboración del proyecto de convención que nos ocupará en este capítulo.

Además de ello, dado el objeto principal del proyecto en proceso de elaboración, que no es otro que el principio de no-discriminación, el mismo está llamado a tener una gravitación importantísima en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esto es así en razón de que prácticamente cada diferenciación de trato entre personas o grupos que sea establecida en el funcionamiento cotidiano de una sociedad democrática contemporánea por sus normas o prácticas, puede llegar a ser atacada de discriminatoria si la misma reúne determinados requisitos contemplados en el proyecto de convención. El ámbito de aplicación del instrumento que vamos a analizar es, en consecuencia, potencialmente amplísimo, ya que nuestras sociedades de hecho funcionan estableciendo diferenciaciones y categorizaciones de diversa índole y por diferentes motivos sobre una base regular y frecuente. Esto implica que las posibilidades de alegar un trato de discriminatorio son bastante numerosas, y no es de extrañar que, en caso de que una futura convención entre en vigor, la misma sea frecuentemente invocada ante los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano.

El objetivo principal de esta presentación que voy a hacer el día de hoy es el de brindar una introducción a la última versión del documento que sirve de base a las negociaciones en torno al proyecto de convención, al que se suele denominar como “documento consolidado”⁴. La presentación se centrará, en primer lugar, en explicar las razones que motivaron a la Organización a adentrarse en el proceso tendiente a la elaboración de un proyecto de convención, junto con la exposición de los distintos puntos de vista que se han dado acerca de cuál debería ser la naturaleza de una futura convención. Esto nos proporcionará una perspectiva acerca del contexto político en el que surge la idea del proyecto de convención, lo

de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.

³ Otro instrumento que se viene negociando en el seno de la Organización es el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que, como su nombre lo indica, es un proyecto de declaración, y en tal sentido, no vinculante.

⁴ La clasificación actual del documento es la siguiente: CAJP/GT/RDI-07 rev. 11. Debe tenerse presente que, a medida que las negociaciones van avanzando y se introducen cambios en el texto, se publican nuevas versiones del documento consolidado.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

cual resulta de suma importancia para comprender los perfiles generales del documento consolidado. En segundo término, la exposición estará dedicada a realizar un análisis de la definición de la discriminación contenida en el artículo 1 del documento. Sin un conocimiento detallado de este artículo, resultaría difícil avanzar hacia el estudio de otras partes del documento de manera rigurosa. En consecuencia, en lugar de intentar abordar todos los aspectos del proyecto, algo que sería imposible llevar a cabo en este lugar, espero que el presente estudio pueda aportar algunas herramientas conceptuales importantes para quien desee profundizar con posterioridad en dichas cuestiones.

Aun dentro de esta delimitación debo hacer otras aclaraciones adicionales. Salvo lo que resulte necesario para efectos de la primera parte de la exposición, no voy a profundizar aquí en los detalles sobre los antecedentes del proceso tendiente a la elaboración de un proyecto de convención⁵. Además, aun cuando la segunda parte esté dedicada al análisis de la definición contenida en el artículo 1 del documento consolidado, este análisis se circunscribirá a la definición de la discriminación en sentido estricto, con lo cual dejaré de lado el estudio de las definiciones de “racismo” e “intolerancia” que también se hallan contenidas en dicho artículo. Si bien estos conceptos se hallan íntimamente ligados al fenómeno de la discriminación, no forman parte de la definición jurídica de la discriminación en sentido estricto⁶. Por último, debo aclarar que el texto que sirve de base a las negociaciones es, por razones obvias, provisorio, ya que los Estados pueden introducir modificaciones a dicho texto en el curso de las negociaciones. Es decir, todavía no existe un proyecto de convención, sino que su elaboración ha sido encomendada a un Grupo de Trabajo conformado en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización, el cual realiza las negociaciones en base al documento consolidado, con miras a elaborar dicho proyecto. Por tanto, no debe perderse de vista que, en lo sucesivo, cuando empleo la expresión “proyecto de convención”, es sólo por comodidad del lenguaje. Además, debe hacerse constar que en el propio texto que sirve de base actualmente a las negociaciones, existen en varios lugares propuestas alternativas. Por razones de tiempo, me veré obligado a dejar de lado la consideración de estas

⁵ Esto no implica en modo alguno menoscabar la importancia que los antecedentes del proceso tienen, ya que han contribuido a modelar el actual documento. Quien desee conocer más a fondo estos antecedentes puede acudir a la página web del Departamento de Derecho Internacional: <http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion.htm>. Es importante señalar que tampoco voy a abordar aquí los aspectos procedimentales de la negociación por las mismas razones, es decir, normas sobre cómo se regula el funcionamiento del Grupo de Trabajo, la presentación de aportes al proyecto, la negociación, la participación de diversos actores en el proceso, incluida la sociedad civil, etc. Todo esto es de suma importancia pero sin embargo no será tratado en esta exposición.

⁶ Por lo demás, la inclusión de la definición de estos conceptos en el proyecto de convención me parece que no resulta conveniente desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa. Además, las definiciones que se contienen actualmente en el proyecto de convención me parecen defectuosas.

D. MORENO

propuestas alternativas para centrarme en el texto del documento consolidado originalmente elaborado (junto con las modificaciones que por mutuo acuerdo se hayan introducido posteriormente a estos textos). Sin embargo, insto a quienes estén interesados a que, cuando estudien el proyecto de convención, tengan presente en todo momento estas propuestas alternativas.

En lo que sigue procederemos entonces del siguiente modo. Primeramente, analizaremos algunos de los argumentos que se han dado para la elaboración de un proyecto de convención contra la discriminación en el marco de la OEA, así como aquellos relacionados a la naturaleza que debería tener esta convención. A continuación, brindaré algunas nociones teóricas y conceptuales sobre el principio de no-discriminación en el derecho internacional, seguido de una exposición de la consagración de este principio en los principales instrumentos universales y regionales de protección de derechos humanos. Una vez hecho esto, entraremos de lleno en el estudio del proyecto de convención bajo elaboración, realizando primero una descripción general de sus partes principales, y luego un análisis detenido de los distintos elementos de la definición de discriminación que dicho proyecto contiene.

II. Sobre el por qué de un proyecto de convención contra la discriminación para las Américas y cuál debería ser su naturaleza

Desde que en el año 2000 una resolución de la Asamblea General de la OEA encomendara a uno de sus órganos, el Consejo Permanente, que estudie la necesidad de elaborar un proyecto de convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, se puso en marcha en el marco de la Organización el debate acerca del por qué de un proyecto de convención para la región. Este debate, naturalmente, se halla íntimamente vinculado además a la discusión sobre la naturaleza de un eventual proyecto de convención. Es decir, no se trata de discutir sólo si es conveniente o necesario que se cuente para las Américas con un instrumento contra la discriminación, sino que también se debe discutir qué tipo de convención contra la discriminación deberíamos poner en vigor. Por ejemplo, ¿deberíamos tener una convención que se limite al tema de la discriminación racial, o deberíamos propiciar un instrumento que abarque otros motivos prohibidos de discriminación?

A lo largo del proceso, se pueden discernir algunas tendencias o perspectivas distintas que dan una respuesta diferente a cada una de estas preguntas. La razón por la que me voy a detener en el análisis de estas perspectivas es porque entiendo que para comprender mejor el texto del actual proyecto de convención es imprescindible conocer mejor los argumentos que impulsaron a la Organización a adentrarse en esto proceso. Además, aún a fecha de hoy siguen habiendo desacuerdos –tanto entre los Estados como entre representantes de diversos sectores de la sociedad civil– acerca de la naturaleza que debería revestir el proyecto de convención, por lo cual conviene examinar de cerca cuáles son los argumentos que se alegan a favor de las diferentes posiciones. A su vez, esto nos

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

ayudará a comprender ciertas tensiones que existen actualmente en el documento que sirve de base a las negociaciones, muchas de las cuales hunden sus raíces en las diferentes concepciones sobre la naturaleza del proyecto.

A. Escepticismo

Una primera perspectiva, que aquí podemos denominar “escéptica”, plantea a través de una serie de argumentos distintos pero a veces relacionados, algunas dudas y desafíos que deben ser afrontados de antemano acerca de la conveniencia o necesidad de contar con un instrumento a nivel interamericano para combatir la discriminación. Por ejemplo, se ha señalado que no debería elaborarse una nueva convención contra el racismo dado que ya existe un régimen de tratados mundial sólido en esta materia, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la cual alrededor de 170 países son partes. A veces se añade además que, en todo caso, en lugar de redactar un nuevo instrumento, se podrían formular enmiendas a los instrumentos ya vigentes, por ejemplo, por medio de protocolos o declaraciones interpretativas, mediante los cuales se podrían complementar los aspectos de la normativa vigente que se consideren necesarios.

Este argumento, sin embargo, pasa por alto el dato hasta si se quiere trivial de que, en materia de instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, existen varios instrumentos regionales a nivel del sistema interamericano que se ocupan más o menos de la misma materia contemplada en instrumentos universales. Tal es el caso, por ejemplo, de la relación entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo de San Salvador con respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o de la Convención Interamericana Contra la Tortura con relación a la Convención contra la Tortura de la ONU⁷. Existe un consenso bastante extendido en la comunidad internacional que valora positivamente la importancia de estos instrumentos regionales –y especialmente, en lo que respecta al sistema interamericano–, y este consenso al parecer no se ve afectado por el hecho de que regulen materias similares.

Es por eso que este argumento no deja de causar perplejidad, ya que parece dirigirse en última instancia no tanto contra la idea de contar con un proyecto de convención, sino contra los sistemas regionales de protección de derechos, y esto resulta de especial importancia para nosotros porque aquí la discusión tiene puntos de contacto con el tema general de este curso: “Universalismo y regionalismo a inicios del siglo XXI”. Como hemos dicho, hoy en día existe un consenso generalizado, tanto a nivel de la comunidad internacional como de la

⁷ D. Negro, “El desarrollo del tema ‘Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia’ en la Organización de los Estados Americanos”, en *Jornadas de Derecho Internacional 2006*, Departamento de Derecho Internacional, OEA, 2006, p. 209.

doctrina, acerca de los beneficios de los sistemas regionales de protección. Si bien en un inicio las Naciones Unidas al parecer no veía con buenos ojos el establecimiento de sistemas regionales de protección de derechos humanos, posteriormente fue cambiando de posición hasta reconocer el valor positivo de éstos⁸. En cuanto a la doctrina, ésta también ha destacado, como se ha dicho, la importancia que revisten los sistemas regionales de protección de derechos humanos –que ciertamente existen no sólo a nivel del sistema interamericano sino en otras regiones, como por ejemplo, el sistema europeo, de gran desarrollo jurisprudencial, así como el de la Unión Africana, por citar los más relevantes–⁹. En primer lugar, existen ventajas relacionadas a la etapa de negociación. Ésta puede resultar más fácil en el marco de un sistema regional, en el que se presume que existe una mayor homogeneidad socio-cultural o una historia común ligada a ciertos problemas compartidos. Incluso la proximidad lingüística puede resultar beneficiosa a la hora de facilitar que se alcancen consensos y puntos de vista comunes. Además, un instrumento negociado en el contexto de un sistema regional debería ser capaz de trascender ciertas dificultades que se dan a nivel universal para lograr regular ciertas cuestiones prestando una mayor atención y siendo más sensibles hacia las particularidades y necesidades propias de la región de que se trate. Otra ventaja que suele predicarse de los sistemas regionales es la de su mayor accesibilidad. Desde esta perspectiva, se considera que por obvias razones de proximidad geográfica, desde los países de las Américas se tiene una mayor facilidad de acceso al sistema interamericano, ya sea de manera individual o por medio de una red establecida de organizaciones de la sociedad civil, activistas y actores varios que operan en la región¹⁰. A su vez, se supone que esto abarata los costos del sistema, lo cual redundaría en beneficio de sus usuarios, que son los ciudadanos de las Américas. En fin, entiendo que éstos y muchos otros argumentos, sumado al funcionamiento relativamente exitoso del sistema interamericano de derechos humanos y a la valoración positiva que los Estados miembros de la Organización tienen hacia el mismo, arrojan serias dudas sobre este primer argumento escéptico.

Además, como hemos visto, el argumento escéptico asume que lo que se pretende elaborar es una convención contra la discriminación *racial*. Sin embargo, como veremos más abajo, lo que se debate es no solamente la conveniencia o necesidad de contar con un instrumento regional de carácter vinculante para combatir la discriminación, sino si este instrumento debería

⁸ Véase, por ejemplo, la resolución 32/127 de 1977 de la Asamblea General de las Naciones Unidas instando a los Estados a que consideren establecer sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos. Sobre el punto, véase H. Steiner, P. Alston y R. Goodman, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 3a ed., Oxford, Oxford, 2007, pp. 925 y ss.

⁹ En lo que sigue me baso en parte en R.K.M. Smith, *International Human Rights*, Oxford, Oxford, 2007, pp. 81 y ss.

¹⁰ Este mismo argumento ha sido varias veces empleado con relación a la Corte Internacional de Justicia, en el entendimiento de que un tribunal de justicia regional sería más accesible y económico para los Estados miembros de la OEA.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

limitarse a la discriminación *racial*, o si por el contrario, debería extenderse a otros supuestos de discriminación que no guardan una relación directa con la discriminación racial.

Otro argumento escéptico previene que la creación de un mecanismo regional para combatir la discriminación sería no sólo innecesaria, sino que correría el riesgo de producir superposiciones y redundancias que podrían dar lugar a confusión a la hora de aplicar las normas respectivas o, peor aún, podrían generar contradicciones y problemas de compatibilidad con el régimen universal. Esto no deja de tener su cuota de verdad. Sin embargo, los riesgos de que esto se produzca pueden ser minimizados mediante el empleo de una rigurosa técnica legislativa que tenga presente claramente el objetivo perseguido por la convención regional a la luz de los estándares universales ya vigentes. Para eso el sistema cuenta con órganos técnicos y especializados capaces de brindar asesoría jurídica al Grupo de Trabajo, como por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Comité Jurídico Interamericano, e incluso técnicas áreas de la Secretaría General, como sería el caso del Departamento de Derecho Internacional o la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, y hasta el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En síntesis, el proyecto de convención a nivel de las Américas no tiene por qué conducir de manera inexorable a la duplicación de normas o a la generación de inconsistencias con el sistema universal. Todo lo contrario, el proyecto de convención interamericana debería ser capaz de complementar al régimen universal, respondiendo a problemas propios no previstos en las normas de dicho sistema universal, presentando innovaciones con relación al régimen universal vigente, ya sea elevando los estándares de protección, contemplando nuevos motivos o bases de discriminación, o haciendo frente a nuevas formas y manifestaciones de discriminación¹¹.

Por otra parte, cabe tener presente que, si bien algunos escépticos se han mostrado favorables hacia el establecimiento de un Grupo de Trabajo en materia anti-discriminación en la OEA, han sostenido, sin embargo, que este Grupo debería ocuparse no de redactar un proyecto de convención, sino de otras prioridades, como por ejemplo, llevar a cabo acciones concretas para hacer frente al flagelo del racismo y la discriminación en la región, analizar las formas y fuentes del racismo y la discriminación en el Hemisferio, e identificar medidas prácticas que los gobiernos de las Américas podrían adoptar para combatir el racismo y otras formas de discriminación, incluidas las prácticas óptimas en la forma de legislación nacional y una mejor implementación de los instrumentos internacionales existentes. Según este argumento, así se lograría una protección inmediata y más eficaz contra la discriminación.

¹¹ Uno de los párrafos del preámbulo del documento consolidado habla de que “es esencial” que los derechos ya reconocidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial “sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos”.

D. MORENO

A todos los efectos prácticos, y al menos de momento, es evidente que la concepción escéptica no ha prevalecido, ya que desde el año 2005 se ha instituido un Grupo de Trabajo en la Organización con el mandato expreso de preparar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. De todas formas, es importante rescatar un elemento valioso de la concepción escéptica, el cual consiste en recordarnos que, para afrontar el flagelo del racismo y la discriminación en el Hemisferio, la puesta en vigor de una convención anti-discriminación ciertamente no será la panacea con la que se resuelvan todos los problemas relacionados a estos males. Debe hacerse mucho más a nivel de implementación interna de instrumentos ya existentes, por ejemplo, a través de leyes y otras normas de implementación, así como a través de políticas y programas públicos varios que sean conducentes a estos fines, entre ellos, programas educativos y de concientización, sin hablar ya de las medidas que deberían adoptarse a nivel de la vida privada (educación familiar, etc.), y en fin, prácticamente un cúmulo inagotable de acciones que pueden y deben llevarse a cabo en todos los niveles de la vida pública y privada si se quiere combatir con mayor eficacia el problema del racismo y la discriminación en nuestros países y que no pasan por la mera adopción de una convención internacional, por atractiva que ésta idea pudiera parecer desde una concepción meramente legalista de la realidad social¹².

B. A favor de un proyecto de convención

Desde una posición diametralmente opuesta, hay quienes se han manifestado a favor de los beneficios que supondría el contar con una convención contra la discriminación para las Américas. Dentro de este grupo, existen principalmente dos corrientes que tienen no obstante visiones muy distintas acerca de la naturaleza que una futura convención debería tener. Antes de entrar en ellas, conviene recordar, sin embargo, algunos de los argumentos que, en general, se han traído a colación a fin de dar sustento a la posición favorable a la elaboración de un proyecto de convención, y que son comunes a ambas corrientes. Algunos de estos argumentos ya los hemos visto al intentar refutar ciertas posiciones defendidas por los escépticos en el apartado anterior. En lo que sigue me limitaré a reformularlos y a señalar otros argumentos adicionales¹³:

¹² Hasta un entusiasta activista internacional de los derechos humanos como es Andrew Clapham (ex representante de Amnesty International ante las Naciones Unidas), escribe: "To place our faith in treaties and declarations seems rather foolish". Sin embargo, añade que la empresa no es inútil, ya que los tratados y declaraciones proveen un marco contra el cual se puede contrastar las prácticas de los Estados y formular críticas y reclamos. (A. Clapham, *Human Rights*, Oxford, Oxford, 2007 p. 56.)

¹³ Véase además el documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre el proyecto de convención, 2008, pp. iv y ss.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

- Una convención interamericana fortalecería los mecanismos de protección hacia la dignidad y los derechos de las personas, a través del combate a la discriminación y la defensa del principio de igualdad
- Una convención daría una mayor visibilidad al problema de la discriminación en la región, creando una mayor conciencia en la población en general acerca de la problemática, con lo cual se fortalecería el combate hacia prácticas discriminatorias existentes
- Una convención podría consagrar en un instrumento de carácter vinculante algunos importantes avances que se han dado en instrumentos internacionales no vinculantes, como por ejemplo, la Declaración de Durban o la Declaración de Santiago
- Una convención para las Américas podría elevar los estándares de protección existentes, considerar nuevas formas y manifestaciones de discriminación, e incluso nuevos motivos prohibidos de discriminación
- Una convención podría dar un impulso a los países de la región a revisar y en su caso, modificar sus marcos jurídicos internos vigentes y hacerlos acordes a la convención
- Una convención podría crear una mayor concientización en los órganos judiciales de los países de las Américas hacia los estándares de protección que deben imperar en la región
- Una convención permitiría que, al igual que en otras regiones, como por ejemplo, Europa, se genere una jurisprudencia vigorosa anti-discriminación en el ámbito del sistema interamericano

Se ha hablado mucho además del valor que una convención interamericana podría llegar a añadir a la normativa internacional ya existente en materia anti-discriminación. Parte de la respuesta a esta cuestión ya fue insinuada más arriba, pero me gustaría añadir ahora algunas reflexiones adicionales no en abstracto sino vinculadas al texto del actual proyecto de convención. Primero, personalmente considero que el verdadero valor añadido que representa el texto actual del proyecto consiste en explicitar estándares que si bien ya han sido reconocidos en el derecho internacional por los órganos de aplicación e implementación de otros instrumentos (ya sean regionales o universales), no aparecen explicitados en la normativa internacional. Aunque parezca poco, esto debe verse como un importante avance, ya que supondría la cristalización de estos estándares de protección en un instrumento que por primera vez se referirá a ellos de manera expresa, lo cual contribuirá a robustecer y apuntalar la jurisprudencia sobre la materia.

En segundo lugar, quizás el valor más importante esté no tanto en lo que el proyecto en sí pueda o no llegar a contener, sino en la implementación que de una

D. MORENO

futura convención puedan hacer sus órganos de seguimiento y protección, creando no sólo una jurisprudencia regional propia, sino un marco jurídico mediante el cual se puedan combatir eficazmente las nuevas formas y manifestaciones del racismo y la discriminación que se dan en la región¹⁴.

1. Proyecto limitado a la discriminación racial

Éstas son entonces algunas de las razones generales que podrían aducirse para dar apoyo a la idea de contar con una convención anti-discriminación en las Américas, así como algunas de las virtudes con que cuenta el texto del proyecto en su estado actual. Ahora pasaremos a analizar las dos tendencias principales que se perciben y que dividen a quienes son partidarios de una convención en dos corrientes bien diferenciadas.

En primer lugar, desde una perspectiva que aquí podemos denominar “restrictiva”, se ha considerado que sería conveniente que una convención contra la discriminación a nivel interamericano se restrinja al ámbito de la discriminación racial. Más adelante veremos que existen diversos motivos de discriminación que suelen estar prohibidos por el derecho internacional, por ejemplo, la discriminación por razones de género. Sin embargo, para esta perspectiva, el proyecto debería ocuparse de manera preponderante de la discriminación racial. Una versión de este argumento obra en un documento del Comité Jurídico Interamericano, el cual, en base a una interpretación de ciertos instrumentos emanados de la Asamblea General y del Proceso de Cumbres, concluye que la Asamblea General ha puesto énfasis en el tema de la discriminación *racial*, y por tanto, el Grupo de Trabajo debería centrar sus esfuerzos en esta forma específica de discriminación¹⁵.

Si se lo analiza con detenimiento, este argumento parece incurrir en un *non sequitur*¹⁶. Sin embargo, no voy a detenerme en ello a profundidad en este lugar. Sólo voy a señalar aquí algo que he defendido en otro lugar al cual me remito¹⁷. De la lectura de los materiales históricos que constituyen los

¹⁴ Recordemos que, como bien se señala en el preámbulo del documento consolidado, “el fenómeno del racismo [y acaso también la discriminación en general, añadiríamos nosotros] exhibe una capacidad dinámica de renovación o que le permite asumir nuevas formas de difusión y expresión política, social, cultural y lingüística”.

¹⁵ CJI/doc.80/02 rev. 3, pp. 2, 11 y 12. Cfr., sin embargo, un documento posterior del CJI, (CJI/RES.124 (LXX-O/07)), donde se mantiene una posición que encajaría más bien con lo que aquí denominamos perspectiva “inclusiva”, cambio de postura que se explica en función a que en dicha fecha ya se hallaba en marcha el proceso de elaboración del proyecto de convención y la idea era presentar contribuciones al proyecto, no ya al debate previo sobre su necesidad.

¹⁶ Id., p. 2. El razonamiento del penúltimo párrafo y la conclusión extraída en el último párrafo de esta página no se sigue del anterior.

¹⁷ Véase mi presentación en el marco de la sesión del año 2008 del Grupo de Trabajo, disponible en:

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

antecedentes directos del proceso, no puede inferirse de manera inequívoca que los órganos políticos (Asamblea General y el proceso de Cumbres) hayan puesto énfasis únicamente en la discriminación racial. Es cierto que han resaltado la importancia de la discriminación racial en varias ocasiones, y además, que el proceso en un momento estuvo ligado a la realización de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de Durban en el año 2001. Sin embargo, es importante señalar que los órganos políticos también han dejado sentada su preocupación hacia otras formas de discriminación a intolerancia, y no parecen haberse limitado a la discriminación racial¹⁸.

Por otra parte, el Comité Jurídico Interamericano también ha llamado la atención sobre ciertas dificultades “de carácter práctico” que desaconsejarían la elaboración de un instrumento que sobrepase el ámbito de la discriminación racial, por lo que entiende que una negociación para una convención extensiva a todas las formas de discriminación constituiría una empresa demasiado ambiciosa que demandaría la realización durante muchos años de un esfuerzo político y diplomático de vasto alcance¹⁹. Pero ésta es una cuestión relativa que depende más que nada de la voluntad política de los Estados. Además, como bien sabemos, muchos de los más importantes instrumentos sobre derechos humanos han tardado años en ser consensuados, piénsese, por ejemplo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y para no ir tan lejos, en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que viene negociándose ya durante un buen tiempo en la OEA y cuya conclusión no parece hallarse todavía a la vuelta de la esquina.

Desde una perspectiva también restrictiva, hay quienes consideran que el listado de motivos prohibidos de discriminación del artículo 1.1. es demasiado extenso, y que esto haría “colapsar” el proyecto de convención, en lugar de que el

http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion_sesion_especial_2008.htm. Por ejemplo, es ilustrativa la AG/RES. 1712 del año 2000, donde se da un paso decidido hacia la elaboración de un proyecto por primera vez, y que lleva por título “Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. En su parte preambular, la resolución expresa: “CONSIDERANDO que es imperativo ampliar el marco jurídico internacional y reforzar las legislaciones nacionales con miras a eliminar todas las formas de discriminación que aún existen en el Hemisferio; ... y CONSIDERANDO que la Organización debe emitir una clara señal política a favor de la eliminación de todas las formas de discriminación; RESUELVE: 1. Encomendar al Consejo Permanente que estudie la necesidad de elaborar un proyecto de convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia...”. En cuanto a las Cumbres, además de la discriminación racial, los documentos correspondientes aluden a la discriminación contra la mujer, indígenas, migrantes, personas con enfermedades infectocontagiosas, etc.

¹⁸ Concuera con esta lectura Negro, “El desarrollo del tema ‘Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia’...”, cit.

¹⁹ CJI/doc.80/02rev.3, p. 2.

mismo se centre en el combate eficaz a una forma específica de discriminación, como sería la discriminación racial. Pero este argumento resulta dudoso una vez que lo sometemos a análisis. De los motivos enumerados por el actual proyecto en su artículo 1.1., aparte de “la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico”, así como “la nacionalidad”, que constituyen categorías claras de discriminación racial, hay varios otros que han sido concebidos o podrían ser perfectamente concebidos a la luz de ciertos precedentes como instancias de “discriminación racial” bajo la Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas u otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, “el idioma” y “la religión”²⁰, así como el “estatus migratorio, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno”. A su vez, el “origen social”, la “posición socioeconómica”, y el “nivel de educación”, son factores que tradicionalmente han estado muy estrechamente vinculados a la discriminación racial; y lo propio parece ocurrir en con tema de “las opiniones políticas o de otra naturaleza”²¹. En cuanto al “sexo”, su consideración en el contexto de la discriminación racial resulta de suma importancia de cara al problema de la discriminación agravada que ha sido resaltada en instrumentos como la Declaración de Durban²². Esto sólo nos deja, aparte de la fórmula genérica de “cualquier otra condición social”, tres motivos que no parecen hallarse directamente relacionados con la discriminación racial, a saber: la “edad”, la “orientación sexual, la identidad y la expresión de género” y la discriminación por condición de salud. Siendo así las cosas, resulta difícil ver cómo esto podría

²⁰ Véase, José A. Lindgren, “Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination”, 42 *University of San Francisco Law Review*, pp. 941 y ss., donde se da cuenta de que a pesar de que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial no incluye de manera expresa el motivo de “religión”, el “CERD, however, soon noticed that the intersection between racial and religious discrimination was a fact, and little by little devised ways of dealing with it” (p. 942).

²¹ Esta última vinculación la tomo de S. Leuschke, “An examination of 28 Grounds or Prohibited Discrimination in the Draft Inter-American Convention Against Racism and all Forms of Discrimination and Intolerance”, University of Texas School of Law Human Rights Clinic in partnership with the Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes, Colombia (en poder del autor).

²² Por esta razón tengo mis dudas sobre que el proyecto de convención “deals (s) with 28 separate and unrelated grounds of discrimination”. También tengo algunas dudas sobre la tesis según la cual la convención, en su estado actual “lowers the general principles it contains to the ‘lowest common denominator’”. A mi entender, los órganos de implementación y protección podrán tratar las categorías de manera separada, y no necesariamente deberían aplicar los mismos estándares de escrutinio a cada motivo. Esto de todas maneras debería profundizarlo en otro lugar. La tesis es formulada en K. Kamienska-Hodge y J. Lajzer, “The Need for a Narrow-Focused Inter-American Convention Against Racial Discrimination”, University of Texas School of Law Human Rights Clinic in partnership with the Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes, Colombia (en poder del autor). Este paper, por lo demás excelente, no descarta empero la importancia de encarar otras formas de discriminación, pero sugiere hacer esto mediante convenciones subsiguientes que aborden otros motivos específicos de discriminación, como la discriminación por razones de género, etc.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

hacer “colapsar” el proyecto de convención o el funcionamiento eficaz de una futura convención.

2. Concepción amplia o inclusiva del proyecto de convención

Por último, la concepción que podemos denominar como “amplia” o “inclusiva”, tiene a su vez dos variantes. La primera de ellas considera que el racismo es sólo una forma o tipo de discriminación (es decir, existe una relación de género a especie entre ambos conceptos), y que en consecuencia, por razones de equidad hacia otras formas de discriminación dignas de atención, como por ejemplo, la discriminación por motivos de género, no debería enfatizarse en el proyecto ningún tipo de discriminación por encima de los demás. Con esto se logra no sólo una igualdad de consideración hacia diversos motivos de discriminación que también son reprochables, sino que se emplea una técnica legislativa más adecuada que propicia el empleo de fórmulas que abarcan todo el amplio espectro de la discriminación que debería estar prohibido en las Américas.

La segunda de las concepciones amplias es la que quizás más se ajuste al proyecto en su versión actual. Desde esta perspectiva se considera que, sin perjuicio de que puedan incluirse otras formas de discriminación, no debe dejar de resaltarse la importancia de la discriminación racial en el proyecto de convención, dada su vinculación histórica al proceso, el cual, si bien nunca se limitó a esta forma de discriminación, como ya pudimos ver, en todo momento no obstante mereció una especial consideración de parte de los órganos políticos (Asamblea General de la OEA y Cumbres), los cuales fueron dándole un destaque propio en los respectivos instrumentos que constituyen los antecedentes del proyecto. Por tanto, sin perjuicio de otorgar una cierta especificidad en el marco del proyecto a la discriminación racial, el proyecto a adoptarse debería incluir además otras formas y manifestaciones de discriminación en la región, quizás incluso contemplando algunos que aún no han recibido un reconocimiento expreso en el derecho internacional.

Al parecer, quienes se oponen a la concepción amplia (en sus dos variantes) alegan que una convención particularizada –como lo sería una convención limitada a la discriminación racial– podría ser más eficaz al abordar ciertos temas de manera más concreta y precisa. Además, se suele señalar que no todas las formas de discriminación son iguales, y que muchas veces las herramientas y métodos para combatir las distintas formas de discriminación requieren medidas diferentes. Pero aun si admitimos que se trata de motivos muy variados de discriminación, ello no nos dice nada sobre la conveniencia de que sean incluidos en una misma convención contra la discriminación de amplio alcance. Es como si dijéramos que instrumentos generales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contienen un catálogo amplio de derechos, son deficientes en razón de que contemplan una amplia gama de derechos tan variopintos como la libertad de circulación, el derecho a la propiedad, y el derecho a la honra –por poner sólo tres

D. MORENO

ejemplos– cuya protección eficaz requiere, a su vez, medidas muy diferentes para cada caso.

Sea como esto fuere, y más allá de la preferencia que uno tenga entre las distintas posiciones que se dan en el marco de este debate, lo cierto es que el mismo constituye un problema que se sigue viendo reflejado en el documento actual que sirve de base a las negociaciones. A pesar de que el Grupo de Trabajo ha sido instalado hace ya cuatro años, y de que las discusiones sobre la naturaleza de una futura convención comenzaron ya en el 2000, la realidad es que hasta ahora no existe un consenso claro sobre este tema, y ello se ve reflejado en ciertas tensiones que son visibles en el actual proyecto de convención y que atentan contra la coherencia interna, la claridad, la técnica legislativa, y otros aspectos del proyecto²³. Por poner sólo un par de ejemplos, si nos fijamos en las dos primeras propuestas de títulos que contiene el actual documento consolidado, podremos ver que una de ellas hace alusión al “racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”, en tanto que la otra alude únicamente al “racismo”. Por otra parte, ciertas delegaciones partidarias de la perspectiva inclusiva objetan que aparezcan definiciones de “racismo” u otras disposiciones aisladas limitadas a la discriminación racial desperdigadas a lo largo del proyecto, argumentando que el proyecto debería abarcar además otras formas de discriminación²⁴. Si estas tensiones no son abordadas y consensuadas entre los Estados, las mismas podrían llegar a constituir un obstáculo importante al avance del proceso de negociación del proyecto de convención, ya que no se trata de aspectos triviales o secundarios cuya resolución puede quedar diferida para un momento posterior, sino de una cuestión que hace a la naturaleza misma del proyecto de convención que se pretende elaborar y cuya definición se hace imperiosa a fin de ir puliendo el proyecto hacia un objetivo bien definido.

III. El principio de no-discriminación y su consagración a nivel universal y hemisférico

Antes de entrar en el análisis del documento sobre el cual se vienen llevando a cabo las negociaciones en torno al proyecto de convención, voy a realizar una breve introducción teórica sobre el principio de no-discriminación, lo cual nos proporcionará algunas herramientas conceptuales básicas para abordar el tema más adecuadamente. A continuación, procederé a exponer algunos de los principales instrumentos vigentes, tanto a nivel universal como regional, donde aparece consagrado el principio de no-discriminación.

²³ En el mismo sentido, A. E. Dulitzky, “Análisis y comentarios al Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia”, presentación efectuada al Grupo de Trabajo en enero de 2009 (en poder del autor).

²⁴ Llama también la atención sobre ello Dulitzky, “Análisis y comentarios al Proyecto de Convención...”, cit.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

A. El principio de no-discriminación y el principio de igualdad. Algunos aspectos teóricos y conceptuales

El principio de no-discriminación se halla estrechamente vinculado al principio de igualdad, hasta tal punto que algunos consideran que el principio de no-discriminación consiste básicamente en una expresión negativa del principio de igualdad²⁵. Una discriminación se entiende como una violación al deber de tratar igual a las personas en función a la igualdad inherente de todos los seres humanos. En palabras de Doebbler, el principio de no-discriminación se reduce, en esencia, a que los derechos humanos de todos los individuos deben ser respetados por igual²⁶. Puede decirse que la igualdad es el objetivo perseguido por el principio de no-discriminación²⁷.

Ahora bien, el derecho internacional no considera discriminatorio cualquier tipo de distinción o tratamiento diferenciado, algo que conduciría a resultados que no se ajustan al sentido común. Supongamos que un empleador busca contratar a una persona para que realice trabajos de traducción de textos del inglés al español. Si una persona se presenta para el cargo y resulta que no habla inglés, razón por la cual se le niega el trabajo, es absurdo que esto sea considerado como una “discriminación” por parte del empleador. Lo mismo ocurriría si un actor con rasgos caucásicos es rechazado en un casting para interpretar a Bruce Lee en una película biográfica. Es más, según Robert Alexy, el legislador no sólo puede establecer diferenciaciones como la del servicio militar sólo para adultos y no para niños; o penas sólo para los delincuentes y no para quienes no han delinquido; o impuestos según los ingresos; o ayuda social sólo para los necesitados y no para los que viven en la abundancia; o condecoraciones sólo para aquellos que se han distinguido por algún servicio prestado al país; sino que, de no hacerlo, dictaría normas *no funcionales*, por ejemplo, permitiendo el acceso de niños al servicio militar; *disparatadas*, como sería imponer penas a todo el mundo independientemente a que hayan o no delinquido; e *injustas*, como por ejemplo, condecorar a quien no se ha hecho acreedor de ninguna condecoración²⁸.

Lo importante a tener presente entonces es que el derecho únicamente prohíbe aquellas diferencias de trato que no poseen una justificación “objetiva y razonable”. Para que un tratamiento diferenciado pueda ser considerado como objetivo y razonable, debe reunir dos requisitos: a) la persecución de un fin legítimo; b) debe haber una cierta proporcionalidad entre el objetivo buscado y los medios empleados para obtenerlo²⁹. Ésta es la razón por la cual hay una

²⁵ Smith, *International Human Rights*, cit., p. 175.

²⁶ C.F.J. Doebbler, *The Principle of Non-Discrimination in International Law*, CD Publishing, Washington, DC, p. 1.

²⁷ Id., p. 4.

²⁸ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 384.

²⁹ K. Kitching (ed.), *Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, Interights, London, 2005, p. 21.

propuesta en el texto del actual documento consolidado que reza así: “No se considera discriminatoria (o discriminación) la distinción, exclusión, restricción o preferencia cuyo objetivo o justificación sea razonable y que esté de acuerdo con los objetivos de esta Convención y con los principios del derecho internacional de los derechos humanos”³⁰.

Muchas veces el análisis acerca de lo que constituye o no una práctica discriminatoria es un asunto difícil de discernir, ya que no existen fórmulas matemáticas exactas para determinar cuándo se produce una discriminación, y además, lo que ha de entenderse o no por una práctica discriminatoria está muy ligado a un contexto histórico y socio-cultural concreto. Esto resulta agravado por el hecho de que la “igualdad” como valor es una instancia de aquello que los filósofos del lenguaje denominan como un “concepto esencialmente controvertido”, es decir, un concepto que admite de diversas “concepciones”³¹. Es más, acaso la igualdad sea uno de los conceptos más controvertidos del discurso político contemporáneo³². Así, existen concepciones de la igualdad que enfatizan la igualdad formal, las cuales exigen que los casos iguales deben ser tratados de igual forma, y que el no hacerlo resultaría en una discriminación directa. Pero esta concepción formal a veces se queda corta. Algunos, por ejemplo, sostienen que, debido a una práctica histórica que los ha sumido en una situación de desventaja, determinados grupos, como por ejemplo, los afrodescendientes o las mujeres, deben ser tratados de una manera preferente si se quiere obtener una igualdad “real”, y por tanto, defienden un concepto de “igualdad sustantiva” o “material”, en función del cual los casos iguales deben ser tratados iguales pero los desiguales deben ser tratados de forma desigual. Luego existen concepciones más específicas que enfatizan distintos ideales, como la igualdad de oportunidades, otras que priorizan la igualdad de recursos, la igualdad de resultados, y así sucesivamente. Estas distintas concepciones de la igualdad suelen estar presentes en la valoración del fenómeno de la discriminación y contribuyen a que los casos de discriminación no siempre sean claros o fáciles de resolver.

Aparte de su conexión con la igualdad, el principio de no discriminación ha sido valorado por la comunidad internacional y también a nivel interno de los Estados en razón de su conexión con otros valores o ideales políticos tales como la inclusión, el pluralismo y la diversidad, la participación democrática y la tolerancia, así como a la identidad de personas y grupos minoritarios, e incluso el

³⁰ Se trata de una propuesta de la delegación de Brasil para ser incluida en el artículo 1.

³¹ La expresión, aparentemente empleada por primera vez en el ámbito de la filosofía del lenguaje por Gallie, es recogida por Hart y Rawls y luego desarrollada en el ámbito de la filosofía de los derechos por Dworkin, por ejemplo, en *Law's Empire*, Harvard, Cambridge, 1986, pp. 70-3.

³² Para un riguroso análisis y la defensa de una particular concepción sobre la igualdad, véase R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard, Cambridge, 2000.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

desarrollo social y económico y la eliminación de la pobreza. Algunas de estas relaciones son mencionadas de manera más o menos explícita en el preámbulo del documento consolidado que sirve como base para la negociación en torno al proyecto de convención. Otras, como la tolerancia, aparecen en el título mismo del proyecto de convención y en algunas de sus disposiciones (hasta se incluye una definición de la “intolerancia” en el artículo 1.6).

Finalmente, y para resaltar la enorme importancia que el principio de no-discriminación adquiere en el derecho internacional, vale recordar que se trata de un principio al que muchos consideran como *ius cogens*, es decir, como una norma no derogable del derecho internacional y que se aplicaría a todos los Estados independientemente a sus obligaciones contraídas en virtud a los tratados de los que pudieran ser partes³³. A su vez, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que la prohibición de una forma específica de discriminación, la discriminación racial, constituye una obligación *erga omnes*, es decir, una obligación jurídica que todos los Estados tienen interés en observar³⁴.

B. El principio de no-discriminación en los principales instrumentos internacionales

1. El sistema universal

El principio de no discriminación y su correlato, el derecho a la igualdad, aparecen consagrados de manera genérica en prácticamente la totalidad de los más importantes instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos³⁵. Así, en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, a lo cual el artículo 2 añade que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Finalmente, el artículo 7 establece que todas las personas “son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”, y que “tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, a la vez de recoger estos principios, establece en su artículo 26 que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

³³ Para una buena discusión sobre este concepto, véase V. Lowe, *Interational Law*, Clarendon, Oxford, 2007, pp. 58 y ss.

³⁴ Barcelona Traction case (Barcelona Traction, Light and Power Co. Case, (Belgium v. Spain).

³⁵ La lista no es exhaustiva pero pretende abarcar los que acaso sean los instrumentos más relevantes.

D. MORENO

A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Disposiciones análogas sobre la igualdad y la no discriminación se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Más allá de estos tres instrumentos que conforman lo que se suele denominar como la “Carta Internacional de Derechos Humanos”³⁶, en el sistema universal existen dos convenciones específicas sobre la discriminación. La primera de éstas es la “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial” de 1965. Se trata del primer tratado vinculante sobre derechos humanos establecido a nivel de las Naciones Unidas, el cual tiene por objeto combatir un tipo específico de discriminación, a saber, la discriminación racial, como su nombre indica. Se debe tener presente que esta Convención fue negociada en un contexto mundial marcado por circunstancias específicas tales como la lucha contra el régimen del “apartheid” en Sudáfrica y el legado del colonialismo a nivel mundial. Esta convención estableció el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que fue el primer órgano de derechos humanos establecido en las Naciones Unidas y que ha desempeñado una función importante a lo largo de su historia en la implementación y aplicación de este instrumento.

La segunda convención de la ONU que regula de manera específica otra forma de discriminación es la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer” de 1979, la cual está destinada primordialmente a combatir la discriminación por razones de género, aunque por vía interpretativa también puede llegar a abarcar la discriminación por razones de estado marital.

Aparte de los instrumentos mencionados hasta ahora, en el sistema de Naciones Unidas tampoco se puede dejar de mencionar algunos tratados importantes que hacen alusión al principio de no discriminación, como por ejemplo, la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989 o la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” de 1990.

Finalmente, al amparo de agencias especializadas pertenecientes al sistema de Naciones Unidas se han adoptado otros instrumentos relevantes, como por ejemplo, el “Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación” de 1958 (Convenio No. 111), negociado bajo los auspicios de la

³⁶ Véase “El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, Serie de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, No. 30, disponible en la página web de este último.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

Organización Internacional del Trabajo³⁷, y la “Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”, de 1960, adoptada bajo los auspicios de la UNESCO.

2. El sistema interamericano

En el contexto del sistema interamericano, tenemos en primer lugar la Carta de la OEA, en cuyo artículo 3 los Estados americanos reafirman su reconocimiento a los “derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. Del mismo modo, en su artículo 45 la Carta establece que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica...”.

En el mismo espíritu, encontramos disposiciones análogas en la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” de 1948, donde se establece que “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se garantiza el disfrute de los derechos a todos por igual y se prohíbe cualquier tipo de discriminación “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”. Del mismo modo, se consagra el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988, contiene también referencias al principio de no discriminación.

Al igual que el sistema de las Naciones Unidas, el sistema interamericano también cuenta con una convención destinada a combatir una forma específica de discriminación, aunque tiene por objeto una forma de discriminación distinta. Me refiero a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad de 1999. Se trata sin duda de una importante herramienta a nivel interamericano para hacer frente a esta forma específica de discriminación.

Por último, no podemos dejar de mencionar la Carta Democrática Interamericana, en cuyo artículo noveno se establece que “la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y

³⁷ Así como otros instrumentos de la OIT, por ejemplo, el Convenio No. 100 (igual remuneración), No. 159 (discapacidad), entre otros.

D. MORENO

protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”. Si bien la Carta Democrática no constituye un tratado sino una resolución de la Asamblea General de la OEA, y en consecuencia, no tiene la misma fuerza vinculante que un tratado, no obstante constituye un instrumento de un considerable peso político y moral en la región (piénsese en la apelación que se ha hecho a la misma en el reciente caso de Honduras). Aunque no podemos extendernos en este lugar sobre el tema, el nexo que se establece en la Carta entre la discriminación y el funcionamiento de un sistema democrático pluralista, vigoroso e inclusivo constituye un aspecto cuya importancia fundamental no puede dejar de enfatizarse.

IV. El actual documento consolidado (proyecto de convención)

En lo que sigue entraremos ya de lleno en el estudio del proyecto de convención. Como se había dicho en la introducción, debemos tener presente, sin embargo, que hasta ahora no existe un proyecto de convención propiamente dicho. El mismo está siendo elaborado por el Grupo de Trabajo. Solamente por comodidad del lenguaje me referiré aquí al “proyecto de convención”. Más apropiado resulta hablar del documento que sirve de base a las negociaciones en el marco del proceso tendiente a elaborar el proyecto de convención. A este documento también se lo conoce como “documento consolidado”, en razón de que incorpora en un documento único algunas propuestas pasadas de manera que a partir del mismo se pueda avanzar en la negociación. El documento consolidado va cambiando a medida que el Grupo de Trabajo va introduciendo cambios o modificaciones en el mismo, y por consiguiente, su clasificación según el sistema de la OEA también va reflejando estos cambios³⁸.

A la luz de esto, resulta de suma importancia tener presente que, cuando me refiero a las disposiciones del proyecto de convención, me refiero a disposiciones que técnicamente no están aún consensuadas, ya que el debate sobre las disposiciones puede ser reabierto en cualquier momento por las delegaciones hasta que el documento no haya sido aprobado en su totalidad. Otro punto a tener en cuenta es que, en el actual documento consolidado existen a veces varias propuestas a un mismo artículo o sección de un artículo. Un análisis completo del proyecto debería tomar en cuenta todas las propuestas alternativas, realizando un ejercicio de comparación entre ellas a fin de determinar sus diferencias más significativas. Por razones de tiempo y espacio, sin embargo, no tomaré en cuenta las propuestas alternativas sino las que aparecen en el documento consolidado original.

³⁸ Como ya se indicó más arriba, la versión del documento en la que se basa este trabajo es la siguiente: CAJP/GT/RDI-07 rev. 11.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

A. Descripción general del proyecto

El actual documento consolidado del proyecto de convención consta de un preámbulo y está dividido en seis capítulos. En el preámbulo, que constituye la exposición de motivos del proyecto, se expresa el compromiso determinado de los Estados Miembros de la OEA de erradicar total e incondicionalmente el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. El preámbulo contiene asimismo otras referencias importantes a temas como la dignidad inherente de la persona humana y la igualdad entre todas las personas; la importancia de que una sociedad pluralista y democrática respete la identidad étnica, cultural y lingüística de toda persona que pertenezca a una minoría; así como varios otros elementos que podrían llegar a desempeñar un importante papel a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones específicas de la convención.

El primer capítulo del Proyecto de Convención se ocupa de definir y delimitar el ámbito de aplicación del mismo, algo que será analizado con mayor detalle más abajo.

El capítulo segundo establece y define los derechos que serán protegidos por la eventual Convención. Se dispone que todas las personas son iguales ante la ley y tienen el derecho a igual protección contra el racismo, la discriminación e intolerancia, tanto en la vida pública como en la vida privada. Además, se establece que todas las personas tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en su legislación interna y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte, ya sea en el plano individual o colectivo.

El capítulo tercero del actual Proyecto de Convención se encarga de tipificar y de prohibir los actos y manifestaciones de racismo, discriminación e intolerancia, como por ejemplo, el apoyo privado o público a actividades discriminatorias y racistas; la publicación por cualquier medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material racista o discriminatorio; la violencia o acción criminal motivada por el odio o por cualquiera de los factores enunciados en el inciso 1 del artículo 1 (raza, color, etc.), etc.

El capítulo cuarto establece los deberes de los Estados, es decir, las obligaciones concretas que los Estados habrán de asumir en virtud a la futura Convención. Entre dichas obligaciones se contemplan las de prevenir, eliminar y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia; adoptar legislación que defina y prohíba claramente el racismo, la discriminación y la intolerancia; etc.

El capítulo quinto del proyecto establece los mecanismos de protección y seguimiento de la convención. El mecanismo previsto en el texto actual que sirve de base a las negociaciones tiene dos componentes “paralelos y complementarios”. Por un lado, se prevé la posibilidad de que los afectados

D. MORENO

presenten una “denuncia” o “queja” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es uno de los órganos de protección de los derechos humanos con que cuenta el sistema interamericano. Dentro de este primer mecanismo de denuncias o quejas individuales, se deja abierta también la posibilidad de que los Estados reconozcan la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

El segundo mecanismo de seguimiento y protección previsto es el establecimiento de un Comité Interamericano para la Prevención, Eliminación y Sanción de Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, conformado por un experto independiente de cada Estado Parte. El modelo sigue bastante de cerca el mecanismo contemplado en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Según los términos del actual Proyecto, el Comité será el foro para el intercambio de ideas y experiencias, así como para examinar el progreso realizado por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención y cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de la misma. El Comité recibirá informes de los Estados parte, y podrá formular recomendaciones para que se adopten las medidas del caso³⁹.

Finalmente, hay un capítulo que contiene disposiciones comunes a varios tratados.

Ésta desde luego es una descripción muy sucinta de lo que consta en el texto bajo negociación. Pero un análisis completo debería indicar además qué es lo que está faltando en el documento, en qué se ha quedado corto, qué elementos, figuras o prácticas deberían ser incluidos como propuestas, etc.

B. Un análisis de la definición de discriminación del proyecto de convención (artículo 1.1.)

Realizada esta sucinta exposición, estamos en condiciones de entrar a analizar la definición de la discriminación contenida en el proyecto de convención. Siguiendo en parte la formulación clásica que suele aparecer en las definiciones de la discriminación previstas en los instrumentos internacionales a los que hemos hecho alusión, el artículo 1 inciso 1 del proyecto de convención define a la “discriminación” como cualquier:

- distinción, exclusión, restricción o preferencia
- en cualquier ámbito de la vida pública o de la vida privada

³⁹ Para una exposición de este tema, véase mi presentación en la Sesión 2008 del Grupo de Trabajo, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion_sesion_especial_2008.htm.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

basada en:

- la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico
- la nacionalidad
- la edad
- el sexo
- la orientación sexual, la identidad y la expresión de género
- el idioma
- la religión
- las opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza
- el origen social
- la posición socioeconómica
- el nivel de educación
- el estatus migratorio, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno
- la condición infectocontagiosa o cualquier otra condición de salud mental o física estigmatizada, la característica genética, la discapacidad, la condición psíquica incapacitante
- o cualquier otra condición social

que tenga el objetivo o el efecto de:

- anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio
- en condiciones de igualdad
- de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte

D. MORENO

1. El principio de igualdad y la fórmula “distinción, restricción, exclusión o preferencia”

Voy a formular a continuación algunos comentarios de los distintos elementos que componen esta definición⁴⁰. Como podremos ver, este análisis de la definición resulta sumamente oportuno ya que, por constituir un aspecto neurálgico del proyecto, nos permite un conocimiento más esclarecido sobre la naturaleza y el carácter general del mismo.

En primer lugar, aunque hay variantes en la fórmula exacta en la que están redactadas las definiciones de la “discriminación” en los distintos instrumentos universales y regionales a los que hemos pasado revista, cabe señalar que, en general, la definición sigue la misma forma y estructura empleada en otros instrumentos.

Mediante el empleo de los términos “distinción, restricción, exclusión o preferencia”, entendemos que se pretende cubrir todos los tipos de casos o situaciones que podrían suponer un menoscabo para el pleno disfrute o ejercicio de los derechos *en condiciones de igualdad* por alguno de los motivos prohibidos de discriminación⁴¹. Cada vez que se incurra en una “distinción, restricción, exclusión o preferencia”, que afecte los derechos de determinadas personas o grupos, vulnerando así el principio de igualdad, y que sea hecha en base a algunos de los motivos enunciados en el artículo, estaremos ante una discriminación prohibida por el proyecto de convención (salvo que exista un objetivo o justificación razonable).

Un ejemplo de “distinción” podría ser el establecimiento de dos categorías distintas, las de parejas heterosexuales y homosexuales, para la concesión de determinados beneficios, como podría ser una pensión; un ejemplo de “restricción” sería el de una ordenanza municipal que prohibiera a los ciudadanos de una determinada etnia a que circulen por un determinado barrio de la ciudad (se restringe el derecho a la libre circulación); un ejemplo de “exclusión” podría ser la concesión de un aumento salarial a todos los empleados de un empresa que sean católicos, no así a los que profesen otras religiones; un ejemplo de preferencia sería una política que, en caso de empate entre los méritos dos candidatos, se decidiera en función a la raza del concursante (asumiendo que los dos sean candidatos sean de razas diferentes raza favorecida no sea una raza tradicionalmente discriminada). Claro que hay que tener presente que muchas

⁴⁰ Hay que tener en cuenta que el proyecto no sólo define la “discriminación”, sino también el “racismo” y la “intolerancia” (artículos 1.4 y 1.6, respectivamente). Aunque no voy a extenderme aquí sobre el tema, tengo algunas dudas sobre la conveniencia de incluir estas definiciones en el actual proyecto. Además, algunas de las propuestas de definición de estos términos me parecen problemáticas.

⁴¹ Smith, *International Human Rights*, cit., p. 183, aludiendo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que emplea la misma fórmula.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

veces una distinción es también una exclusión o restricción o viceversa, por eso estos ejemplos deben tomarse con una intencionalidad didáctica más que nada. Lo cierto es que la realidad suele ser mucho más compleja y que cada caso requerirá un análisis razonado que tome en cuenta las particularidades de cada caso por separado. Lo fundamental en definitiva es que se llegue a la convicción de que una determinada práctica o caso en concreto afecta negativamente el reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos y libertades fundamentales, en condiciones de igualdad, de un determinado grupo o persona.

Por otra parte, no debe perderse de vista que esta definición resulta complementada además por los artículos 2 y 3 del proyecto de convención, donde se establecen la igualdad ante la ley, el derecho a la igual protección ante las leyes, así como al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en condiciones de igualdad, consagrados no sólo en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados, sino también en la legislación interna de cada Estado. Esto quiere decir que el proyecto no es “dependiente”, es decir, no sólo prohíbe la discriminación con relación a los derechos individualizados en el proyecto, sino que es “free-standing”, ya que se extiende además a otros derechos, como podrían ser los que sean reconocidos en el ordenamiento jurídico interno de los Estados al margen de los instrumentos internacionales aplicables a los mismos⁴².

2. “Ámbito de la vida pública o de la vida privada”⁴³

A los efectos del proyecto de convención, no importa que la discriminación se produzca en el ámbito de la vida pública o de la vida privada, ya que con acierto, el proyecto cubre en la definición claramente ambas esferas⁴⁴. La importancia de esto radica en lo siguiente. En principio, si el proyecto se hubiera limitado al ámbito público, ello hubiera significado que el Estado se hallaría obligado únicamente a velar por que las normas que emanan del mismo o la aplicación que las autoridades públicas hicieran de tales normas no entrañasen un trato que

⁴² Para esta distinción entre “dependent” / “free-standing”, véase Kitching (ed.), *Non-Discrimination in International Law...*, cit., donde se contiene una tabla comparativa de distintos instrumentos en función a este criterio (véase el apéndice A).

⁴³ Esta distinción, aparentemente sencilla, no está sin embargo exenta de problemas, aunque no profundizaré aquí en este lugar sobre ello. Para una discusión, véase Steiner, Alston y Goodman, *International Human Rights in Context...*cit., pp. 213 y ss.

⁴⁴ Esto tiene un precedente importante en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, en cuyo artículo 1, que define el ámbito de aplicación de la convención, se deja en claro que para los efectos de dicha convención, la violencia abarca tanto “el ámbito público *como el privado*” (énfasis nuestro). Imagínense en un tema como el de la violencia contra la mujer la mutilación que supondría el blindar al ámbito privado de la posibilidad de aplicar las disposiciones de la convención, en el que la violencia contra la mujer constituye un problema de suma gravedad.

D. MORENO

podría calificarse de discriminatorio. Sin embargo, con esto no se contempla la obligación que tiene el Estado de evitar y combatir las prácticas discriminatorias que se produzcan en cualquier otra esfera no estatal, por ejemplo, en el ámbito del trabajo, de la educación, de la cultura, y en toda una amplia gama de actividades de la esfera social en la que sin duda radican una buena parte de las prácticas discriminatorias que azotan a la región⁴⁵.

Al incluirse entonces la forma “en la vida privada”, ello otorga la certeza de que los Estados, al ser partes de una futura convención, estarán asumiendo también la obligación de luchar contra las prácticas discriminatorias que se dan en el ámbito privado. En este sentido debe entenderse el artículo 9 del proyecto cuando impone al Estado el deber de “adoptar legislación que defina y prohíba claramente el racismo, la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, *así como a todas las personas naturales y jurídicas, tanto del sector público como privado, en áreas como el empleo, la participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de actividad económica, acceso a los servicios públicos*”, etc.

Ésta es precisamente una de las razones por las que se dice que los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas internacionalmente en virtud de instrumentos destinados a combatir la discriminación, asumen no solamente obligaciones “negativas”, de no discriminar, sino también obligaciones “positivas” que les exigen tomar medidas adecuadas para combatir eficazmente las prácticas discriminatorias que puedan darse en todos los ámbitos de la vida humana. (Es importante no confundir las “obligaciones positivas” de los Estados que se vinculan con su deber de actuar para impedir prácticas discriminatorias en todos los ámbitos con la “discriminación positiva”, que es un tipo específico de obligación positiva que será analizado más abajo.)

El empleo de una fórmula expresa que haga alusión al ámbito de la “vida privada” ciertamente constituye un avance importante. Por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Discriminación Racial, en la definición de “discriminación” no se contiene una referencia explícita como la que se prevé en el proyecto de convención. De esta forma, en el marco de este instrumento el artículo correspondiente parece resultar ambiguo en lo que se refiere a al alcance que la prohibición de la discriminación racial tendría sobre el

⁴⁵ Con relación al plano universal, Doebbler escribe cuanto sigue, lo cual sería en cierta medida aplicable también al ámbito interamericano: “Today most situations of discrimination do not involve states acting or failing to act in ways that overtly violate the prohibition of non-discrimination. Instead cases of discrimination usually involve a state’s failure to act sufficiently to prevent discrimination by private actors or to redress discrimination that has been ongoing, even if not directly caused by the state”. (Doebbler, *The Principle of Non-Discrimination...*, cit., p. 12).

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

ámbito privado⁴⁶. De todas formas, por vía interpretativa el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha entendido que el Estado también tiene la obligación de eliminar la discriminación que se produzca en el ámbito de la vida privada⁴⁷. Por ejemplo, en el caso *Lacko c. la República Eslovaca* el Comité consideró la situación de un hombre perteneciente a la etnia roma al que le fue denegado el acceso a un restaurante por prejuicios raciales y realizó recomendaciones al país afectado para que adopte medidas que garanticen el derecho de acceso a lugares de este tipo, a la vez de sancionar a quienes lo impiden por motivos raciales⁴⁸.

De todas formas, el hecho de que el proyecto deje en claro que el ámbito de aplicación se extiende a la vida privada nos parece un aporte importante ya que viene a cristalizar una interpretación de un órgano autorizado y que además ha ganado una cierta aceptación a nivel internacional.

3. Los motivos o bases de discriminación

El proyecto de convención contiene sin lugar a dudas el más ambicioso catálogo de motivos o bases prohibidas de discriminación que actualmente se conoce en el derecho internacional, y en esta circunstancia quizás radique uno de los más importantes aportes potenciales que el proyecto pueda hacer al sistema interamericano. Dependiendo de cómo sean contadas, existen alrededor de veinticinco categorías de personas o grupos de personas que el proyecto individualiza a fin de dejar en claro que, cualquier distinción o trato diferencial que se pretenda establecer sobre la base de alguno de estos supuestos, y que tenga por objeto o efecto menoscabar de alguna manera los derechos de las personas comprendidas dentro de estas categorías, constituirá una discriminación prohibida por la convención.

Las categorías que han sido incluidas son muy variadas y en algunos casos tienen poco que ver entre sí⁴⁹. Por ejemplo, algunas de estas categorías guardan relación con condiciones biológicas innatas, por ejemplo, la raza o el género. Otras guardan relación con condiciones que pueden ser adquiridas con posterioridad al nacimiento, como una discapacidad que sea consecuencia de un accidente. A su vez, existen otras guardan relación con hechos externos que

⁴⁶ S. Marks y A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford, Oxford, 2005, p. 301.

⁴⁷ Aparentemente esta interpretación es favorecida cuando se interpreta la definición del artículo 1.1 de la Convención Internacional con el artículo 2.d, en el que se hace alusión a la obligación de los Estados de hacer cesar la discriminación racial de parte de “any group, persons or organizations” (aunque la versión en español del documento no incluya el término correspondiente de “any”).

⁴⁸ No. 11/1998.

⁴⁹ Para una crítica a esta enumeración (“the list ... presents no clear basis upon which some grounds were included while others were not”), véase Leuschke, “An Examination of 28 Grounds of Prohibited Discrimination...”, cit., p. 5.

producen que una persona se encuentre en una determinada situación, como por ejemplo, en el caso de los migrantes por motivos económicos y de los refugiados y desplazados internos. Finalmente, existen categorías en las que determinadas personas pueden llegar a estar comprendidas por decisión propia, por ejemplo, una persona que cambia de nacionalidad, un migrante voluntario, o un transexual. Sin embargo, de prácticamente todas ellas puede decirse que constituyen categorías conformadas por personas a las que podría considerarse como potencialmente vulnerables a la luz de la experiencia de los países del Hemisferio, y quizás éste sea el elemento –si es que existe tal elemento– que aglutine y constituya el denominador común de todos estos motivos prohibidos de discriminación que se encuentran comprendidos en el proyecto⁵⁰.

Por razones de espacio no vamos a ocuparnos aquí del análisis de cada una de estas categorías o motivos prohibidos de discriminación, ni tampoco sobre la interpretación y aplicación que han hecho algunos órganos de derechos humanos a nivel universal y regional sobre algunas de estas categorías, así como de los diferentes contextos en los que suelen aparecer con mayor frecuencia cada una de ellas⁵¹. Sólo haré dos salvedades para referirme brevemente al motivo “cualquier otra condición social”, y a título de digresión, al motivo “orientación sexual, identidad y expresión de género”, el cual será brevemente abordado en el siguiente apartado.

El texto del proyecto, al concluir la enumeración de los motivos prohibidos de discriminación, hace alusión a “cualquier otra condición social”. Esta fórmula, interpretada a la luz del título mismo del proyecto de convención (o más

⁵⁰ Para una posible clasificación distinta, véase Id., pp. 8 y ss. A pesar de que, como se señaló en la nota anterior, previamente la autora había expresado que no parece haber lógica tras la lista del proyecto, seguidamente enumera algunos posibles elementos aglutinadores como tentativos: inmutabilidad, historial de discriminación violenta, grupos tradicionalmente marginados, y minorías discretas e insulares. Sin embargo, los mismos al parecer son descartados no porque no tengan fuerza explicativa con relación a algunos de los motivos, sino por el hecho de que no parecen ser capaces de acomodar a todos los motivos al mismo tiempo. Desde mi óptica, no queda del todo claro por qué todos los motivos deberían responder a un único factor explicativo. Al parecer, se asume que si los diversos motivos no responden a un factor explicativo único, entonces los jueces emplearán el mismo test de escrutinio para todos los casos, con lo cual algunas categorías que de ordinario reciben un test más estricto de escrutinio, podrían ser sometidas a tests más relajados. Pero el test de escrutinio que empleen los tribunales en cada caso es independiente a que los motivos enumerados en la convención obedezcan a uno u otro factor explicativo. Los tribunales probablemente prestarán atención a cada caso en particular para determinar el nivel de escrutinio y la reparación que eventualmente pueda corresponder, y esta valoración será independiente a que los motivos establecidos en la convención obedezcan a la teoría de las minorías discretas e insulares o a la de grupos tradicionalmente marginados, etc. De todas maneras, ésta es una cuestión que debería ser explorada en mayor profundidad en otro lugar.

⁵¹ Para un análisis, véase Doebbler, *The Principle of Non-Discrimination...*, cit., pp. 37-67; así como Kitching, *Non-Discrimination in International Law...*, cit., capítulo V.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

concretamente, de uno de los títulos propuestos), que hace alusión al racismo y *toda forma de discriminación e intolerancia* (énfasis nuestro), parece dotar al proyecto de una naturaleza “abierta”, en el sentido de que no pretende enumerar taxativamente las categorías de personas que podrían quedar amparadas bajo la convención o los motivos de discriminación que estarán prohibidos, sino que ofrece un listado meramente enunciativo en función del cual se podría llegar a comprender a otros individuos o grupos bajo la categoría de “cualquier otra condición social”⁵². De esta forma, parece imprimirse al documento un carácter potencialmente evolutivo, en virtud del cual en el futuro los agentes encargados de la implementación y aplicación de la convención podrían llegar a extender la protección cuando aparezcan motivos que sean considerados como una base injustificada de discriminación hacia determinadas personas o grupos no que estén expresamente comprendidos bajo ninguno de los motivos del texto⁵³. Varios instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, incluyen en sus disposiciones anti-discriminación una fórmula idéntica o similar a la que venimos considerando. Así, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la fórmula “cualquier otra condición social” prevista en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la discriminación sobre otras bases no expresamente mencionadas, lo cual debe ser determinado sobre una base caso por caso. Por ejemplo, en el caso *Gueye v. France*⁵⁴ el Comité de Derechos Humanos determinó que si bien los artículos 2 y 26 del Pacto no hacían una mención expresa a la “nacionalidad”, la discriminación en función a este factor podía quedar comprendida bajo la categoría “cualquier otra condición social”. También se ha sugerido que la discriminación por razones de edad, que tampoco se reconoce en ninguno de los más importantes instrumentos internacionales, pueda ser no obstante comprendida bajo la categoría genérica de “cualquier otra condición social”⁵⁵. Finalmente, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que la fórmula en cuestión puede extenderse a las personas discriminadas en base a su estatus marital⁵⁶. Éstos son sólo algunos ejemplos de cómo los órganos internacionales encargados de la aplicación de la normativa anti-discriminación han interpretado y aplicado este tipo de cláusulas.

⁵² Sin embargo, es cierto que quizás la redacción no sea la más adecuada, ya que la expresión “condición social” puede dar lugar a equívocos. Quizás una fórmula más adecuada, si lo que se desea es dotar al proyecto de una naturaleza abierta, sea la de “o de cualquier otra índole”, u otra similar.

⁵³ Por ejemplo, véase:

http://www.nytimes.com/2008/10/30/fashion/30ugly.html?_r=1&scp=1&sq=ugly&st=cse&oref=slogin, donde se hace referencia a la discriminación basada en la apariencia física.

⁵⁴ No. 196/1983.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Kitching, *Non-Discrimination in International Law...*, cit., p. 22, con relación al artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁶ Id., p. 237, y también se sostiene la misma opinión con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, p. 239.

D. MORENO

El no pretender ofrecer una lista “cerrada” presenta además una ventaja desde el punto de vista técnico, que consiste en que nos evita el tener que incluir a categorías de personas o motivos de discriminación que, a pesar de que puedan llegar a presentarse en la práctica, su incipiente estado de regulación jurídica a nivel interno o internacional quizás haga desaconsejable una alusión explícita al tema en el artículo 1.1., dada la falta de un extendido consenso internacional que no obstante podría llegar a consolidarse en el futuro. Además, hay cuestiones que no se pueden prever de antemano, para lo cual resulta aconsejable el empleo de una fórmula flexible que deje a los operadores encargados de la implementación y aplicación de una futura convención un cierto margen de apreciación.

Digresión: La discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género

Como he dicho más arriba, no será posible en este lugar abarcar cada uno de los motivos prohibidos de discriminación de la larga lista que el proyecto contiene. Sin embargo, en este apartado realizaré una breve digresión a fin de referirme tan sólo a uno de los motivos prohibidos de discriminación, a saber, el de la “orientación sexual, identidad y expresión de género”. Mi intención no es la de desarrollar este tema a profundidad, sino tan sólo presentar algunos de los posibles problemas que este factor de discriminación puede llegar a plantear en la práctica bajo al vigencia de una eventual convención.

El tema resulta de cierta actualidad en el plano internacional. En el marco de la OEA, desde el año 2008, la Asamblea General ha aprobado, por primera vez en su historia, una resolución dedicada al tema (AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)), el cual fue nuevamente recogido al año siguiente en la resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-/09), “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”. Entre otras cosas, estas resoluciones han condenado los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y ha solicitado además a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización que incorpore el tema en su agenda. Por otra parte, a nivel de las Naciones Unidas, también ha habido una Declaración histórica sobre la materia en el año 2008 (no adoptada oficialmente por la Asamblea General), aunque la misma estuvo rodeada de cierta polémica que desembocó en una especie “contradeclaración” por parte de los Estados que no estaban de acuerdo con el contenido de la Declaración original.

En lo que al proyecto de convención se refiere, en su artículo 1.1. éste establece, como se vio en el apartado anterior, que uno de los factores prohibidos de discriminación es el de la “orientación sexual, la identidad y expresión de género”. Se trata en realidad de tres factores relacionados pero distintos. La orientación sexual tiene que ver con las preferencias sexuales de las personas, y abarca un abanico de posibles opciones que van desde la heterosexualidad hasta la homosexualidad, pasando por posiciones intermedias como la bisexualidad. La “identidad”, a su vez, se refiere a cómo una persona se percibe a sí misma en

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

términos de género (hombre/mujer), aunque también puede estar asociada a su interpretación de los roles sociales que normalmente se adscriben a ambos sexos en función a normas y entendimientos culturales. Finalmente, la “expresión” tiene que ver con la manifestación externa, ya sea de la orientación sexual, o de la identidad. En efecto, puede ocurrir que una persona no exteriorice estos factores. Quienes expresan abiertamente su orientación e identidad probablemente sean más vulnerables y susceptibles a la discriminación, ya que hacen visibles a los demás su condición. De todas maneras, en lo que sigue me referiré únicamente a la orientación sexual⁵⁷.

Aunque en la práctica la discriminación por razones de orientación sexual ha sido prohibida por medio de la interpretación de varios instrumentos internacionales (por ejemplo, considerándolo bajo las categorías de “otra condición social”, o más forzosamente, de “género” o “sexo”), la referencia explícita a la orientación sexual como factor o motivo de discriminación casi no ha sido consagrada⁵⁸, lo cual es sin duda un aporte importante del proyecto de convención que se viene negociando en el marco de la OEA.

La discriminación por razones de orientación sexual se ha dado en varios contextos distintos⁵⁹. Algunos casos o instancias de discriminación basados en este factor pueden llegar a ser aceptados más pacíficamente, incluso a nivel de los ordenamientos internos de los Estados, en tanto que otros pueden generar mayor resistencia en razón de que resultan más controvertidos de cara a las posiciones dominantes en las sociedades de varios países. Veamos algunos ejemplos. En un caso muy citado cuando se discute la discriminación por razones de orientación sexual, *Toonen v. Australia*, la criminalización de la homosexualidad ha sido reconocida por el Comité de Derechos Humanos, órgano creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como una práctica contraria al derecho a la privacidad de las personas (por lo cual el Comité no consideró necesario examinar si hubo discriminación)⁶⁰. En otro caso, *Young v. Australia*⁶¹, el Comité consideró el caso de una persona que había mantenido durante tiempo una relación del mismo sexo con un veterano de guerra que falleció, y a la que le

⁵⁷ Para una discusión de casos sobre la “identidad de género”, véase Marks y Clapham, *International Human Rights Lexicon*, cit., pp. 335 y ss. Muchos de los casos aparentemente tienen que ver con el derecho a que el cambio de género a raíz de una operación sea reconocido oficialmente por el Estado, en tanto que en otras ocasiones también entra en juego el derecho a contraer matrimonio.

⁵⁸ Una excepción importante es el Tratado de Amsterdam (por el que se modificaron en 1997 el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos), que fue el primer tratado internacional que expresamente contempló la discriminación por razones de orientación sexual.

⁵⁹ Para una exposición detallada, véase Kitching, *Non-Discrimination in International Law...*, cit., pp. 155 y ss.; así como Marks y Clapham, *International Human Rights Lexicon*, cit., pp. 331 y ss.

⁶⁰ No. 488/1992.

⁶¹ No. 941/2000.

D. MORENO

fueron denegados los derechos de pensión como dependiente del veterano fallecido, en razón de que la ley prevía la concesión de este derecho únicamente a las parejas de hecho heterosexuales. El Comité consideró que esta ley violaba el derecho al igual tratamiento previsto en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En *Joslin v. New Zealand*⁶², el Comité de Derechos Humanos consideró que la negativa del Estado afectado a emitir una autorización para contraer matrimonio a una pareja de lesbianas no constituía una discriminación, en razón de que el artículo 23 del Pacto únicamente hace referencia al matrimonio entre hombre y mujer. Aunque no me extenderé en ello, en el ámbito europeo también se ha dado un desarrollo importante en esta materia, habiéndose considerado casos relativos a la diferencia de edad de consentimiento para actos homosexuales y heterosexuales (18 y 16, respectivamente), la exclusión del servicio militar de ciertas personas en base a su orientación sexual, etc.

Como se puede ver a través de estos ejemplos, la entrada en vigor de una convención anti-discriminación para las Américas que incluya expresamente como un factor prohibido de discriminación la orientación sexual y otros motivos conexos probablemente planteará importantes problemas de interpretación a medida que se vayan presentado casos individuales ante los órganos de protección. Al menos desde mi óptica, es indudable que en ciertos casos, como el de la criminalización de la homosexualidad entre adultos que prestan su consentimiento, habrían razones de peso para considerar que este tipo de medidas atentan contra los derechos humanos de las personas afectadas. Pero otros casos son más complejos y nuestras sociedades se hallan a veces profundamente divididas (cuando no son mayoritariamente hostiles) acerca de cómo deberían ser resueltos. Por ejemplo, ¿deberán los órganos de protección reconocer el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio? ¿Yendo más lejos aún, tendrán derecho a adoptar las parejas homosexuales? Si los órganos de protección dan una respuesta afirmativa, ¿constituirá ello un estándar que deba ser aplicado uniformemente a todos los países que lleguen a ser partes de la Convención⁶³? En fin, se trata de desafíos enormemente complejos respecto de los cuales, por obvias razones de espacio, en este lugar apenas podemos comenzar a plantear algunas dudas preliminares.

⁶² No. 920/1999.

⁶³ En el ámbito europeo, se ha tendido a emplear el criterio según el cual si no hay un consenso extendido en los países sobre cuestiones de este tipo, entonces las autoridades de cada país posee un amplio margen de apreciación para adoptar las decisiones que estimen convenientes. Véase, por ejemplo, *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* (1999), relativa a un caso de custodia infantil que le fue denegada a una persona en función a su orientación sexual.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

4. El “objetivo” o “efecto” de menoscabar los derechos: discriminación “directa” e “indirecta”

Volviendo a los elementos de la definición de discriminación que nos trae el documento consolidado, nos queda por analizar ahora el de la distinción entre la “discriminación directa” y la “discriminación indirecta”. La discriminación “directa” se da cuando se emplean algunos de los motivos con “el objetivo de” producir un menoscabo en los derechos de las personas que son víctimas de la discriminación, con lo cual se produce un trato desigual. Los elementos principales para que se configure una discriminación directa parecen ser dos: a) que la discriminación sea “intencional”, es decir, que sea hecha con “el objetivo” de producir un menoscabo en los derechos de la víctima; b) y que la diferencia de trato sea hecha en función a la pertenencia de la víctima a una de las categorías prohibidas de discriminación, lo cual a su vez produce un trato desigual.

A su vez, la discriminación es “indirecta” cuando, si bien puede llegar a no tener “el objetivo” directo de producir el menoscabo de los derechos, o al menos este objetivo no aparece como evidente, por ejemplo, por no hacerse mención de ninguno de los motivos de discriminación, no obstante, el acto discriminatorio produce el “efecto” de menoscabar los derechos de un determinado grupo de personas, con lo cual se rompe el principio de igualdad. Una determinada medida puede no parecer discriminatoria en sí misma, pero puede llegar a producir un resultado desproporcionado (es decir, no razonable) en su impacto sobre determinadas personas pertenecientes a una determinada raza, color o grupo étnico, como veremos en un ejemplo que pondré más abajo. Como la discriminación no es directa sino que opera por medios indirectos, normalmente este tipo de discriminación ha sido más difícil de probar en la práctica.

De todas formas, y a pesar de esta dificultad, prohibir únicamente la discriminación directa sería insuficiente si lo que se pretende es evitar la violación del principio de igualdad de las personas en base a medidas discriminatorias que, si bien pueden no tener un objetivo discriminatorio evidente, no obstante producen *el efecto* de menoscabar el goce o el ejercicio de ciertos derechos en condiciones de igualdad. Por eso los más importantes instrumentos universales y regionales comprenden en sus disposiciones anti-discriminación este lenguaje que distingue entre “el objetivo” y “el efecto”, con lo cual puede decirse que la discriminación indirecta se halla ya consagrada en el derecho internacional⁶⁴. El proyecto de convención, sin embargo, yendo más allá de este lenguaje hace igualmente una referencia explícita en el artículo 1.2 a la “discriminación indirecta”, definiéndola como aquella “que se produce, en la esfera pública o

⁶⁴ A nivel del sistema interamericano, una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que los Estados debían “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o *indirectamente*, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”, OC-18/03, del 17 de setiembre de 2003, párrafo 103, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

D. MORENO

privada, cuando un factor aparentemente neutro ..., tal como una disposición, criterio o práctica, tiene por efecto la distinción, exclusión o restricción de los derechos humanos o libertades fundamentales de personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que tal factor tenga un objetivo o justificación razonable”. Algunos probablemente podrán alegar que esto supone una duplicación innecesaria, en tanto que otros valorarán el hecho de que, a la par de la definición del artículo 1.1, se establezca una definición que defina con mayor precisión el fenómeno de la discriminación indirecta, a la luz de desarrollos posteriores a nivel jurisprudencial que sin duda han contribuido a refinar el concepto de la discriminación indirecta.

Tal es el caso, por ejemplo, del derecho constitucional norteamericano, en el que el tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El primer precedente fue el caso *Griggs v. Duke Power Co.*⁶⁵. Se trata de un caso que involucraba a una empresa, la compañía Duke Power, que obligaba a las personas afroamericanas a trabajar en su planta en un departamento en concreto, con lo cual los segregaba con respecto a los trabajadores blancos. Además, dicho departamento ofrecía los salarios más bajos de la empresa. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de los Derechos Civiles del año 1964, la empresa Duke Power introdujo como requisitos para trabajar en otras partes de la empresa la posesión de un título de bachillerato sumado a un determinado rendimiento en ciertos tests de aptitudes. Con estas exigencias, la empresa, si bien no mencionaba expresamente a las personas afroamericanas, consiguió mantener de facto la misma política y la misma situación, ya que, debido a la falta de oportunidades y a la situación de discriminación en la que se encontraban, los trabajadores afroamericanos en su generalidad no poseían títulos de bachillerato y su rendimiento en los tests de aptitudes era obviamente menor. En consecuencia, la política tenía un *efecto* discriminatorio e impactaba de manera desproporcional sobre una determinada categoría de trabajadores, i.e., los trabajadores afroamericanos. La Corte mantuvo que bajo la Ley de los Derechos Civiles, las prácticas, procedimientos o tests aparentemente neutros en sí mismos, e incluso neutros con relación a la intención, como podrían ser en este caso la exigencia de un título de bachillerato o de un determinado test de aptitud, no pueden ser mantenidos si producen *el efecto* de preservar el status quo de estas prácticas discriminatorias en el empleo.

B. Otras definiciones relacionadas al concepto de discriminación contenidas en el artículo 1 del proyecto

En este apartado abordaremos otras dos figuras previstas en el artículo 1 del proyecto y que se hallan estrechamente relacionadas a la definición de discriminación contenida en el inciso 1 de dicho artículo, a saber, la “discriminación agravada” y “las medidas especiales o de acción afirmativa”.

⁶⁵ 401 U.S. 424 (1971).

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

1. La discriminación “agravada”

El artículo 1, inciso 3 del proyecto incorpora la figura de la “discriminación múltiple o agravada”, la cual también se encuentra entre los actos prohibidos por el proyecto (artículo 5, inciso viii). Se trata de un tipo de discriminación en el que están presentes de forma concomitante, dos o más factores de los enunciados en el artículo 1.1. El reconocimiento de esta forma de discriminación se basa en la apreciación de que las personas pueden experimentar una forma de discriminación que quizás no sea aprehendida del todo si es que se la aborda desde la perspectiva de un motivo único de discriminación. Debido a que la gente posee identidades multifacéticas que pueden solaparse, por ejemplo, una mujer que a la vez es afrodescendiente, la combinación de los factores de discriminación son de una entidad distinta que según se suele señalar no puede ser captada cabalmente por un enfoque que no preste atención a estas circunstancias⁶⁶. Si bien se trata de una figura que todavía no habría recibido un desarrollo jurisprudencial significativo en el derecho internacional, quizás su inclusión en el proyecto pueda tener algún impacto importante en el desarrollo de una jurisprudencia sobre la materia en la región.

2. Las “medidas especiales” o de “acción afirmativa”

El artículo 1, que establece las definiciones que hemos estado viendo más arriba, en su inciso 5 consagra la figura de las “medidas especiales” o de “acción afirmativa”⁶⁷, en los términos siguientes:

“No constituyen discriminación las medidas especiales o las de acción afirmativa adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de las personas y grupos que requieran la protección necesaria para garantizarles, en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales, siempre que tales medidas no den lugar al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen **mas allá de un período razonable o** después de alcanzados sus objetivos”⁶⁸.

⁶⁶ Tanto la Declaración de Durban como la de Santiago hacen alusión expresa a esta forma de discriminación.

⁶⁷ Para el documento presentado en el marco del Consejo Económico y Social de la ONU, “The concept and practice of affirmative action. Final report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/2002/21 (2002), p. 9, las expresiones “medidas especiales” y “acción afirmativa” son sinónimas. Sin embargo, la redacción del texto consideración podría dar a entender que se trata de dos conceptos distintos (“...o las de acción afirmativa”), por lo cual quizás sería conveniente pulir la redacción o simplemente eliminar una de las expresiones.

⁶⁸ Las negritas se explican en función a que se trata de un texto no consensuado posterior a la elaboración del documento consolidado. En el artículo 7 también se repite a grandes rasgos estas definición junto con los elementos que aquí aparecen, lo cual nos parece redundante. Entendemos que dicho artículo debería hacer una remisión al artículo

Resulta ilustrativo que este tema se incluya en el artículo donde se estipula la definición de discriminación en el proyecto, y que además, el inciso correspondiente comience expresando que “no constituyen discriminación las medidas especiales o de acción afirmativa...”. Esto se explica porque, las medidas de acción afirmativa o “discriminación positiva o inversa”, como también se las denomina⁶⁹, son, de hecho, medidas que producen una determinada diferenciación en el trato desde el punto de vista de la igualdad formal, basada en criterios que normalmente constituyen motivos prohibidos de discriminación. En consecuencia, de no ser por la excepción establecida, podrían muy bien llegar a considerarse discriminatorias bajo este punto de vista⁷⁰. Pero como hemos visto, existen otras concepciones de la igualdad, como la igualdad sustantiva, en virtud de la cual podría argumentarse que, dada la situación de desventaja en la que de hecho se encuentran determinados colectivos, debido a prácticas pasadas de discriminación, la única forma de poner un fin a la situación de discriminación y desigualdad en la que se encuentran estos grupos es mediante la implementación de medidas especiales que trasciendan la igualdad formal y que reconozcan que estos grupos requieren de un trato diferenciado para, a la larga, alcanzar el ideal de una igualdad verdadera o efectiva. Mientras que en la versión que he presentado aquí de la igualdad formal, ésta enfatiza que los casos iguales deben ser tratados iguales, la concepción de la igualdad material aquí expuesta enfatiza que los casos desiguales deben ser tratados de manera distinta si es que queremos ser fieles a los principios de igualdad y no-discriminación. Ésta es, en esencia, la fundamentación teórica más típica de la acción afirmativa.

1.5 a fin de no reiterar la fórmula allí expuesta y limitarse a enfatizar en el artículo 7 el compromiso o deber del Estado de implementar tales medidas, que es el objeto del Capítulo IV del que forma parte dicho artículo.

⁶⁹ Algunos rechazan sin embargo el empleo de estas expresiones. Véase, por ejemplo, el informe “The concept and practice of affirmative action...”, cit., pp. 2-3. A mayor abundamiento, el propio CERD ha rechazado el empleo de esta fórmula.

⁷⁰ Hay quienes insisten en que las medidas de acción afirmativa no pueden ser consideradas como discriminatorias bajo ningún punto de vista. Otros, sin embargo, hacen hincapié en el hecho de que algunos tipos frecuentes de medidas de acción afirmativa pueden resultar sumamente controvertidos y hasta discriminatorios, todo ello por diversas razones que no puedo desarrollar aquí (por ejemplo, porque son “over-” y “under-inclusive”, en el sentido de que pueden llegar a proteger a miembros de una minoría que no necesariamente son desaventajados, y pueden dejar de lado a los miembros más vulnerables de dichas minorías, a la vez que pueden afectar los derechos de una persona perteneciente a una mayoría pero que no necesariamente resulta aventajada; porque exigen balancear los derechos individuales con los derechos grupales, en el que los derechos de los primeros a veces deben ceder, aunque sean inocentes, por discriminaciones pasadas; porque dan lugar a situaciones particulares que algunos consideran injustas; porque pueden bajar los estándares de excelencia en distintos ámbitos (académicos, laborales, etc.); por su potencial para generar situaciones de dependencia y sentimientos de inferioridad y estigmatización en los grupos supuestamente beneficiados; por la crispación social que puede producir entre distintos grupos; y por varias razones más).

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

Quizás el ámbito que mayor desarrollo ha tenido el tema a nivel nacional ha sido en la jurisprudencia constitucional norteamericana. Pero a raíz del giro conservador que la Corte Suprema ha experimentado en las últimas décadas, la doctrina de la acción afirmativa ha sido paulatinamente erosionada⁷¹, hasta el punto de que algunos la consideran casi sepultada o bajo el serio riesgo de quedar sepultada con la reciente resolución de los casos sobre los bomberos de New Haven⁷².

A diferencia de ello, en el ámbito internacional la misma al parecer goza de buena salud. En el plano universal, aunque no aparezca de manera explícita en los principales instrumentos generales, la acción afirmativa ha sido reconocida por sus órganos de seguimiento en diferentes ocasiones, como es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷³. Este patrón al parecer se ha reproducido también en los planos regionales, como ser el caso europeo y a nivel del sistema interamericano bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, la figura aparece consagrada de manera explícita en los principales instrumentos específicamente destinados a combatir la discriminación. Así, tenemos referencias en los artículos 1.4 y 2.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; y en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. La figura también se halla consagrada, esta vez a nivel regional, en la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, en el artículo I.2.b). Recordemos además aquí que tanto la Declaración de Durban como la de Santiago hacen referencia a la adopción de medidas de acción afirmativa, que como ya se ha dicho, constituyen fuentes importantes del proyecto de convención.

Existen distintos tipos de medidas de acción afirmativa que pueden implementarse, que si bien no siempre están regulados en detalle a nivel

⁷¹ G.A. Spann, *Affirmative Action. Twenty-Five Years of Supreme Court Decisions on Race and Remedies*, New York University Press, New York, 2000, p. 189, escribe lapidariamente: "The law of affirmative action now appears to be rather straightforward. Racial affirmative action now appears simply to be unconstitutional".

⁷² Uno de los últimos golpes contra este proceso es un caso reciente que involucra el caso llamado "los 20 de New Haven". Para un comentario, véase: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Proteger/negro/discriminando/blanco/elpepisoc/20090704elpepisoc_1/Tes. La literatura en el ámbito norteamericano sobre la materia es profusa pero provechosa. Dos buenas referencias para adentrarse son Spann, *Affirmative Action...*, cit.; así como el capítulo correspondiente de J.H. Garvey, T.A. Aleinikoff y D.A. Farber, *Modern Constitutional Theory. A Reader*, 5ª edic., Thomson West, MN, 2004.

⁷³ Véase, por ejemplo, el Comentario General No. 4, párrafo 2; así como el Comentario General No. 18, párrafo 10, del Comité de Derechos Humanos. También resulta notorio el caso *Stalla Costa v. Uruguay* (No. 198/1995), en el que admitió la validez de medidas de trata preferencial hacia determinados grupos que habían sido discriminados en el pasado.

D. MORENO

internacional, aparecen con variantes a nivel de los distintos ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Entre las más típicas podemos citar las siguientes: la implementación de programas de capacitación a determinados grupos para que puedan acceder al mercado laboral; el reclutamiento digitado hacia determinados grupos a fin de lograr una mayor representatividad de los mismos en el lugar de trabajo; la publicidad para que determinados sectores se presenten a determinados puestos de trabajo; el trato preferencial hacia determinados grupos, como por ejemplo, el establecimiento de requisitos de ingreso a la universidad menos exigentes para facilitar el acceso a personas de determinados colectivos; y el establecimiento de cuotas, que es un subtipo de trato preferencial en el que de antemano se establece un determinado número o porcentaje de posiciones que deben ser llenadas por personas de un determinado grupo, como por ejemplo, las mujeres. Es importante hacer notar que no todas las medidas son consideradas legales en todos los países (de hecho algunas medidas, sobre todo las que entrañan un trato preferente, son más controvertidas otras). Algunos países, por ejemplo, permiten el régimen de cuotas, en tanto que otros, bajo determinadas circunstancias, lo rechazan. Tampoco debe confundirse el concepto de medida de acción afirmativa con los programas de acción afirmativa, que constituyen políticas de alcance más amplio que incorporan una serie de medidas de acción afirmativa de manera conjunta⁷⁴.

A efectos de su análisis, el texto del artículo 5.2 del proyecto más arriba transcrito puede dividirse en tres partes: a) la primera de ellas consiste en la permisión de las medidas de discriminación positiva; b) la segunda tiene que ver con la prohibición de emplearla para fomentar prácticas de segregación; y finalmente, c) la tercera hace relación al plazo de duración de las medidas. Veamos cada una de ellas por separado.

La primera parte estipula, como hemos visto, que no podrán ser consideradas como discriminatorias las medidas de acción afirmativa. Esto significa que no se podrán impugnar como actos contrarios a la convención diferenciaciones de trato que constituyan esfuerzos para implementar medidas especiales de acción afirmativa. Por ejemplo, una persona de origen caucásico que haga nueve de los diez puntos exigidos en los exámenes de admisión a una universidad puede quedar fuera si la universidad emplea un programa de discriminación positiva que otorgue preferencia a una persona afrodescendiente, aunque esta última hubiera alcanzado un puntaje menor, digamos, ocho. La persona de origen caucásico no podría en este caso alegar que ha sido “discriminada” si es que el programa de admisiones de la universidad responde a una medida de acción afirmativa tendiente a favorecer a las personas afrodescendientes en un contexto en el que éstas forman una minoría que ha sido tradicionalmente discriminada y cuyos miembros se encuentran en una posición social desaventajada.

⁷⁴ Véase el informe “The concept and practice of affirmative action...”, cit., pp. 17 y ss.; así como Kitching, *Non-Discrimination in International Law...*, cit., pp. 103 y ss.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

Un segundo punto a considerar con relación a esta primera parte del texto del proyecto es si, tal cual está redactado, el mismo *obligaría* a los Estados a implementar acciones afirmativas, que es una cuestión distinta a *permitir* que estos lleven a cabo acciones de discriminación positiva. En este sentido, el artículo 1.5. debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 7 del texto del actual proyecto, el cual figura en el capítulo relativo a los deberes de los Estados. En dicho artículo, se establece que los Estados partes “se comprometen” a adoptar medidas de este tipo, con lo cual parece establecerse una especie de especie de imperatividad con relación a la adopción de medidas de acción afirmativa. Es decir, al parecer, el proyecto no sólo permite sino que *exige* a los Estados que lleven a cabo este tipo de medidas⁷⁵. Esto constituye claramente una diferencia con relación al texto de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que dispone en el artículo correspondiente que los Estados “tomarán” este tipo de medidas, pero añade, “cuando las circunstancias lo aconsejen”, lo cual otorga un margen de apreciación al Estado sobre la conveniencia o no de implementar estas medidas.

La segunda parte del texto establece que las medidas de acción afirmativa no deben dar lugar al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, con lo cual sigue una fórmula similar a la empleada en otros instrumentos anti-discriminación. Para comprender esta expresión, debemos remontarnos al ámbito del derecho constitucional norteamericano en el que esta doctrina fue desarrollada. Como Uds. bien saben, durante todo el período que abarca desde la post-guerra civil hasta *Brown v. Board of Education*⁷⁶, en el derecho constitucional norteamericano prevalecía el principio según el cual no se vulneraba el principio de igualdad siempre y cuando se proveyeran los mismos derechos y beneficios a todas las personas, aún bajo un régimen de segregación. La doctrina fue consagrada en el infame caso *Plessy v. Ferguson*⁷⁷, en el que la Corte Suprema (salvo el famoso voto en disidencia del Juez Harlan), consagró la doctrina del “separate but equal”, al entender que el establecimiento de vagones separados en los trenes para “blancos” y afrodescendientes no violaba el principio de igualdad, con lo cual se legitimó la odiosa práctica de la segregación durante décadas. Si mi interpretación es adecuada, lo que el texto bajo análisis pretende entonces es evitar precisamente que se desvirtúe la figura de las acciones afirmativas, dejando en claro que las mismas no deben emplearse para justificar alguna especie de segregacionismo encubierto que, bajo el pretexto de favorecer la discriminación positiva, acabe en realidad consagrando prácticas discriminatorias.

⁷⁵ De todas maneras, me queda la siguiente duda: ¿qué tipo de herramientas tendrían los afectados ante un Estado que no implementa medidas de este tipo? ¿Va a resultar posible bajo la futura convención constreñir a los Estados a adoptar este tipo de medidas? ¿O el mecanismo deberá limitarse a la emisión de una recomendación por parte del órgano de seguimiento que se establezca?

⁷⁶ 347 U.S. 483 (1954).

⁷⁷ 163 U.S. 537 (1896).

Por último, la tercera parte del texto en consideración hace alusión a que las medidas especiales no deben perpetuarse después de alcanzados sus objetivos. La razón de ser de esto –que también se halla previsto en los artículos respectivos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial o la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer–, es que, de conformidad a la fundamentación expuesta más arriba, las medidas de acción afirmativa pierden su razón de ser una vez que los motivos que dieron lugar a las mismas (la desigualdad y situación de desventaja debida a prácticas discriminatorias pasadas) desaparece. Más controvertido puede resultar el texto en negrillas⁷⁸ que establece como plazo “un periodo razonable” de duración de estas medidas, en razón de que lo que sea o no “un periodo razonable” puede resultar disputable, con el riesgo de que un Estado pueda considerar, con algo de discreción, que las medidas ya han estado vigentes durante un “período razonable”, con lo cual se podría pretender dejarlas sin efecto, sin que necesariamente se hayan alcanzado los objetivos propuestos⁷⁹.

V. Conclusión

La igualdad y la no discriminación son ideales hacia los cuales los Estados de las Américas han manifestado en múltiples ocasiones su firme compromiso político. Es cierto que, como sostienen los escépticos, una mera convención quizás no sea capaz de erradicar el flagelo de la discriminación de una vez por todas de nuestra región, y que ciertamente se requiere la implementación de otro tipo de medidas en varios frentes distintos. Pero eso no quiere decir, como hemos visto, que una convención no pueda reportar ventajas al sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, cuyo incipiente desarrollo en materia del principio de no-discriminación no puede compararse aún al enorme progreso alcanzado a nivel europeo. Además, la mayoría de los Estados

⁷⁸ Las negritas se explican en función a que se trata de un texto no consensuado posterior a la elaboración del documento consolidado. En el artículo 7 también se repite a grandes rasgos esta definición junto con los elementos que aquí aparecen, lo cual nos parece redundante. Entendemos que dicho artículo podría hacer una remisión al artículo 1.5 a fin de no reiterar la fórmula allí expuesta y limitarse a enfatizar en el artículo 7 el compromiso o deber del Estado de implementar tales medidas, que es el objeto del Capítulo IV del que forma parte dicho artículo.

⁷⁹ Sin embargo, si nos quedamos únicamente con el criterio de los “objetivos alcanzados”, esto nos puede conducir a la siguiente dificultad. Es imposible que el objetivo de lograr la igualdad absoluta sea alcanzado en este mundo no ideal. En consecuencia, bajo este pretexto, las acciones afirmativas podrían llegar a extenderse *sine die*. Este argumento, que aquí planteo a título meramente tentativo, debería movernos a reflexionar con mayor profundidad sobre las limitaciones y la naturaleza excepcional de las medidas de acción afirmativa, a la luz de las dificultades teóricas y prácticas que la misma plantea. Para una posición que defiende el carácter temporal de las medidas de acción afirmativa, véase Negro, “El desarrollo del tema: Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia...”, cit., p. 199.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO

miembros de la OEA ha decidido embarcarse en este proceso de elaboración de un proyecto de convención para combatir la discriminación y defender así ideales como la igualdad, la inclusión, el pluralismo, la participación democrática, la lucha contra la pobreza, la tolerancia, los derechos humanos y la dignidad inherentes de todas las personas sin distinción alguna. Siendo así las cosas, lo mejor que podemos hacer –como ciudadanos de las Américas– es apuntar a lograr el mejor instrumento posible.

Aparte de la discusión sobre el mérito de una convención, nos hemos adentrado en el debate acerca de la naturaleza del instrumento a elaborarse, es decir, si la futura convención debería limitarse a la discriminación racial, como sugieren algunos, o bien, si debería abarcar otras formas de discriminación, como la discriminación por razones de género, orientación sexual, etc. Ésta es una decisión política que en última instancia corresponde a los Estados pero, en el estado actual del documento, está claro que éste apunta hacia una convención amplia e inclusiva⁸⁰. Además, hasta ahora no se ha argumentado de manera convincente que una convención amplia deba necesariamente diluir su fuerza normativa o su eficacia para combatir ciertos tipos de discriminación específicos; ni tampoco que bajo una convención amplia se debería ponderar en la práctica todos los diferentes motivos de discriminación que el actual documento consolidado contempla de la misma manera, rebajando así es el estándar de protección que correspondería a ciertos tipos de discriminación pero no a otros. Lo que sí debe reconocerse es que el proyecto, en su versión actual, contiene ciertas tensiones que se deben a una clara falta de definición de los Estados en precisar el rumbo concreto que deberán seguir las negociaciones, y resulta imperioso que esta definición se dé cuanto antes a fin de ir puliendo el documento.

Por último, en esta presentación hemos podido examinar los principales elementos de la definición de la discriminación contenida en el actual documento consolidado que esperamos contribuya a un debate con miras a lograr un entendimiento más acabado del significado y de las posibles implicaciones jurídicas de cada uno de ellos. Desde luego que éste es solamente el inicio de un análisis más exhaustivo que debería realizarse con relación a la totalidad del documento. Por ser un documento en progreso, estoy seguro de que un estudio de esta naturaleza dejará en evidencia que el mismo contiene varios defectos y puntos débiles que deberían ser corregidos a medida que avancen las negociaciones. Pero más allá de todas las críticas que pudieran hacerse y de los defectos que pudiera contener, mi impresión es que, a la luz de la normativa internacional sobre el principio de no-discriminación, el documento tiene el potencial de llegar a constituirse en una herramienta de vanguardia para la lucha

⁸⁰ Un punto que estos actores deberían evaluar es el del costo político de retroceder en este momento hacia una convención más restrictiva, lo cual exigiría algunas modificaciones drásticas en el actual documento consolidado y obligaría a desandar, por así decirlo, un camino ya recorrido y en el que se habían alcanzado ya ciertos consensos importantes.

D. MORENO

contra la discriminación en el sistema interamericano. Esto dependerá, obviamente, del desarrollo futuro de las negociaciones, primero; y luego, del trabajo que realicen los órganos de seguimiento y protección a establecerse, y en general, de todos los operadores llamados a implementar una eventual convención.