

CONSEJO PERMANENTE DE LA
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS

OEA/Ser.G
CAJP/GT/RDI-108/09
27 enero 2009
Original: español

Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar
un proyecto de Convención Interamericana contra el
Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

ANÁLISIS Y COMENTARIOS AL
PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO Y
TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

(Presentación del Dr. Ariel E. Dulitzky durante la sesión del 22 de enero de 2009)

INTRODUCCION

El presente documento pretende continuar el proceso de acompañamiento activo y propositivo de los esfuerzos emprendidos por los Estados y el proceso desarrollado por el Grupo de Trabajo encargado de elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Como ustedes saben he estado personalmente involucrado en este proceso, en distintas capacidades, desde su inicio hace ya más de ocho años. En efecto, desde la sociedad civil impulsamos, en el inicio de la década, la adopción de una resolución por parte de la Organización apoyando en ese entonces los esfuerzos para realizar la 3er. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, Xenofobia y formas conexas de Intolerancia. Esta iniciativa conduciría a la idea de adoptar una nueva Convención. Ya como Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana apoyé desde su inicio las acciones del Grupo Trabajo asistiendo técnica a las deliberaciones de las delegaciones. Ahora desde el ámbito académico continuo dando seguimiento a este diálogo constructivo que converja en el ulterior propósito –indiscutiblemente compartido por los Estados de las Américas – de erradicar todas las expresiones de racismo, así como toda forma de discriminación e intolerancia.

En estas distintas capacidades siempre he señalado la importancia de la adopción de una nueva Convención Interamericana que contribuya efectivamente a la consecución de los objetivos de construir sociedades más justas, igualitarias, inclusivas y solidarias en las Américas. Dado que mis opiniones sobre las bondades, aciertos, avances del Proyecto de Convención aparecen reflejadas en varios documentos de este Grupo de Trabajo, mi presentación el día de hoy no hará un análisis integral del Proyecto de Convención. Por el contrario, haremos un análisis crítico del Proyecto destinado a promover modestamente el debate, facilitar procesos de reflexión así como contribuir al perfeccionamiento del Proyecto. **Por ello se concentra en aquellos aspectos donde consideramos que el Proyecto de Convención presenta vacíos, contradicciones, posibles problemas prácticos o jurídicos, no responde a las mejores prácticas existentes o la jurisprudencia o estándares internacionales.** Por lo tanto, hemos omitido todas las referencias a todas aquellas áreas con las cuáles coincidimos plenamente con el Proyecto. Así presentado, el documento podría aparecer como una aproximación

sumamente crítica al Proyecto, cuando lo contrario es la verdad. Encontramos que en líneas generales la futura Convención puede colocar a la OEA en la vanguardia de la lucha contra la discriminación y las exclusiones sociales. Algunas de las innovaciones importantes de la Convención tales como extender el ámbito de la prohibición de la discriminación al ámbito privado, la obligación de adoptar políticas de acción afirmativa si así es requerido, el reconocimiento de las dimensiones individuales y colectivas de la discriminación racial, la inclusión de referencias a la discriminación indirecta son alguno de los avances del proyecto de Convención.

1. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN

A. CONVENCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION?

La primera pregunta que surge desde el título mismo del Proyecto de Convención y que a nuestro criterio aún no ha sido debatido ni consensuado suficientemente es sobre el alcance mismo de la Convención proyectada. Los antecedentes demuestran como el origen de la proyectada Convención está absolutamente asociado al proceso de la Tercera Conferencia Mundial contra el Racismo. En ese sentido, la proyectada Convención mantiene por una parte énfasis en esta vinculación con el proceso de Durban. Desde el nombre, Convención Interamericana contra el **Racismo** y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (el énfasis nos pertenece) hasta una serie de artículos que directamente se refieren al racismo o discriminación racial (artículo 1.4 o 2) reflejan una preocupación particular sobre el racismo y la discriminación racial. Lo mismo puede mencionarse con la inclusión de disposiciones específicas tradicionalmente asociadas con prácticas racistas, como el genocidio o la negación del Holocausto. Por la otra, la Convención al mismo tiempo pretende ser una convención omnicomprensiva en contra de **toda forma de discriminación**, tal como su nombre lo indica, así como las diversas disposiciones convencionales que se refieren a la discriminación de manera genérica sin especificar que se trata de discriminación racial.

A nuestro criterio, la propia estructura de la Convención refleja estas dos aproximaciones al tema lo cual no está exento de resistencias por parte de ciertos Estados como se ve en las propuestas alternativas presentadas durante los debates del Grupo de Trabajo así como de problemas de integración lógica y coherente del propio texto normativo. Un ejemplo acerca de la indefinición acerca del propósito final de la futura Convención, en el proyecto se incluye una definición de racismo pero no de otras manifestaciones ideológicas discriminatorias tales como el sexismo, la xenofobia, homofobia, antisemitismo, islamofobia, por solo mencionar algunas. Si la Convención es integral y abarcadora de todas las prácticas discriminatorias, no se entiende por qué solamente existen referencias al racismo y no a otras ideologías similares.

El GT debería realizar un análisis más profundo sobre los beneficios y perjuicios que estas dos opciones proponen. Es decir, estudiar cuáles son las ventajas y limitaciones de elaborar una convención solo destinada a tratar el tema de la discriminación racial o una convención antidiscriminatoria en general. Pero lo que es claro, es que la proyectada Convención se encuentra a mitad de camino entre una Convención focalizada y abarcadora al mismo tiempo. Con ello, pierde coherencia y necesariamente se prioriza un tipo de discriminación (la racial) por sobre otras al tiempo de diluir las medidas específicas de confrontar la discriminación particularizada dado que algunas disposiciones no son aplicables a todas las formas posibles de discriminación.

Personalmente pensamos que la Convención debería concentrarse en la discriminación racial y prácticas conexas. En primer lugar, dado que reflejaría el proceso que le dio origen a este proyecto, que es la Tercer Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial. En segundo lugar, por una Convención focalizada en la discriminación racial daría visibilidad a un tema no suficientemente tratado en nuestra región. En tercer lugar, debido a que una Convención focalizada permitiría detallar específicamente las medidas que son necesarias para combatirla. Una convención omnicomprendensiva necesariamente debe ser genérica dada la variedad de supuestos que debe abarcar. Con ello se pierde especificidad. En cuarto lugar, una Convención focalizada permitiría todavía tratar los distintos factores de discriminación múltiple o agravada, tal como lo hace la Declaración de Durban o el artículo 9 de la Convención de Belem do Pará contra la Violencia contra la Mujer. Finalmente, una convención focalizada en la discriminación racial permitiría suplir los vacíos de la Convención Internacional contra la Discriminación Racial y adaptarse a las manifestaciones del racismo y la discriminación racial que se presentan en nuestra región. Es difícil concebir que una Convención genérica podría realizar este mismo tipo de contribuciones.

B. SOBRE LAS CATEGORIAS PROHIBIDAS

El Artículo 1 del proyecto de Convención incluye al menos **25 categorías** sobre motivos que no pueden utilizarse para discriminar. Aún si se responde afirmativamente a la pregunta sobre las bondades de tener una convención omnicomprendensiva, este catálogo requiere mayores precisiones y debates. En primer lugar, algunos de los criterios incluidos en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Convención a la que se pretende complementar) y en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (la Convención más moderna y con el catálogo más amplio de categorías prohibidas de discriminación) no se encuentran recogidos en el Proyecto de Convención.

Por otra parte, el catálogo no parece guardar una coherencia lógica sobre los factores o elementos han sido considerados para incluirlos en este listado. En las categorías incluidas, se encuentran motivos de una diferente entidad. Mientras, la raza, el color o el origen étnico son cualidades inmutables de la persona, las opiniones de cualquier naturaleza por ejemplo no lo son. Mientras la edad no puede modificarse por la propia voluntad de la persona, la nacionalidad en principio sí y teóricamente podría modificarse. De modo, que el criterio no parece ser la incapacidad individual de mudar ciertas características distintivas. En las categorías incluidas por la Convención algunas han estado asociadas a discriminaciones históricas, estructurales y muchas veces asociadas a formas extremas de violencia por ejemplo el sexo, la raza, el origen étnico, mientras que otras no están vinculadas a esta discriminación tradicional y violenta.

Esta disparidad y diversidad de criterios para incluir como categorías prohibidas crea dificultades importantes al momento de diseñar las respuestas específicas a tal multiplicidad de categorías y las obligaciones concretas que los Estados deberían asumir con relación a cada una de ellas. Solo para mencionar un ejemplo de lo problemático de un listado tan amplio: una beca de estudios para estudios de posgrado no podría limitarse solo a aquellos con títulos universitarios pues el artículo 1 incluye el nivel de educación como uno de los factores prohibidos de discriminación y el artículo 5 inciso XII impide la denegación al acceso a becas de estudio en función de alguno de los factores enunciados en el inciso "1" del artículo 1 de la Convención, lo que incluye el nivel educativo.

C. SOBRE LAS DEFINICIONES

La definición de racismo que contiene el Proyecto de Convención cambia el entendimiento general de que el racismo es una ideología y discriminación racial es la práctica concreta. Por ejemplo, el artículo 1.4 comienza la definición de racismo como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia del reconocimiento”, las mismas palabras utilizadas para definir discriminación. Las propuestas alternativas de las delegaciones de Argentina, Brasil y México parecen en este sentido más cercanas al entendimiento consensuado a nivel internacional.

En cuanto a intolerancia, la propuesta original como las alternativas presentadas por varias delegaciones utilizan términos tales como rechazo, repudio, aversión, falta de respeto. Nosotros creemos que si se opta por mantener la definición de intolerancia, se requiere un esfuerzo conceptual mayor para darle un contenido específico y no transformarla en un concepto omnicomprensivo que implique que muchas conductas legítimas en sociedades democráticas queden prohibidas por esta Convención. Ello es de especial relevancia teniendo en cuenta que la Convención pretende cubrir al menos 25 categorías prohibidas de discriminación. Por ejemplo, entre los factores prohibidos incluidos en el artículo 1.1 se encuentran las “opiniones políticas”. De modo que si yo públicamente expresase mi rechazo, repudio o aversión contra personas que promueven ideas liberales, conservadoras, socialistas, socialcristianas, bolivarianas, comunistas o cualquier otra opinión política que no sea la que yo sustento, ello implicaría una intolerancia prohibida y no simplemente un disenso político en el marco de una sociedad democrática.

A nuestro juicio, lo mejor es que la Convención contenga la menor cantidad posible de definiciones y solo incluya aquellas que son esenciales para entender el alcance y objeto de la propia Convención, quizás lo que se entiende por discriminación. Ello, por un lado facilitaría enormemente el proceso de negociación de la Convención así como su futura implementación, dejando a los operadores jurídicos y políticos locales en primer término y luego a la Comisión y a la Corte en última instancia, la definición de cada uno de estos conceptos. Por lo tanto proponemos eliminar toda definición de racismo así como de intolerancia.

D. SOBRE LAS DIMENSIONES COLECTIVAS DE LA DISCRIMINACION Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Dado que algunas delegaciones han propuesto eliminar del artículo 3 la referencia a los planos individuales y colectivos, así como completamente eliminar el artículo 4 del Proyecto de Convención es importante detenerse en algunos aspectos teóricos y fácticos que resaltan la importancia de concebir el combate efectivo contra la discriminación y la garantía del principio de igualdad interpretando las dimensiones individuales y colectivas del mismo. Este aspecto es uno de los avances principales de la futura Convención.

Primeramente debe considerarse que grupos tales como los pueblos indígenas o en ciertos casos afrodescendientes ejercen y gozan de muchos de sus derechos de manera colectiva. Por lo tanto, la negación de este ejercicio colectivo o la falta de protección o garantía efectiva de estos derechos colectivos es una de las expresiones más claras de prácticas discriminatorias en nuestra región. De allí que una referencia expresa a los planos individuales y colectivos es de particular importancia.

En segundo lugar, la concepción de la dimensión colectiva de la discriminación es de crucial importancia. Muchas de las manifestaciones o resultados de las conductas discriminatorias no son contra una persona individualizada sino contra un grupo social determinado o contra una persona particular no por su individualidad específica sino precisamente por su pertenencia a un grupo determinado. Por ejemplo, uno puede observar los datos y estadísticas en múltiples países de la región indicando que el nivel de pobreza y extrema pobreza, tasas de mortalidad, nivel de deserción escolar, de analfabetismo, de desempleo o subempleo son mayores entre indígenas y afrodescendientes que en el resto de la población. Inversamente, los niveles de escolaridad, de expectativa de vida, de acceso a agua potable, de ingresos salariales, de representación política son menores en indígenas y afrodescendientes. Estos datos demuestran que es el grupo en su conjunto, en su aspecto colectivo quien está siendo discriminado. Ello es más y diferente que la suma de las discriminaciones individuales que cada persona perteneciente a estos grupos sociales sufre. Lo mismo puede decirse de dimensiones de la discriminación de iure que excluye a grupos sociales enteros y no a individuos. Así por ejemplo, hasta hace apenas 15 años, la Constitución de mi país nativo, Argentina, excluía a todos los que no éramos Católicos, Apostólicos y Romanos de la posibilidad de ser Presidente de la República. Es decir, no me excluía a mí personalmente por ser judío, sino a todo el colectivo que tenía una religión diferente que la establecida en la Constitución. De modo que resolver mi situación personal no eliminaba la discriminación colectiva.

Por otra parte no puede olvidarse que la jurisprudencia interamericana ya ha avanzado tímidamente en el reconocimiento de la colectividad como titular de derechos. Lo mismo puede mencionarse del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio 169 de la OIT.

Con relación al artículo 4 nosotros consideramos que el mismo es de capital importancia para la estructura del Proyecto de Convención. Este artículo contribuye a los objetivos de dar visibilidad a los grupos tradicionalmente discriminados y crear obligaciones específicas con relación a estos grupos. No puede olvidarse que los documentos que emergieron de Santiago y Durban, identificaron precisamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes como dos de los grupos que han sido víctimas históricas y presentes de discriminación racial.

Teóricamente hay dos elementos esenciales al considerar la importancia de mantener este artículo. Por un lado, y tal como mencionamos en nuestros comentarios al artículo 3, el primer aspecto de este artículo es el reconocimiento de los derechos colectivos como condición necesaria para no discriminar en contra de los grupos destinatarios de la protección de este artículo. A diferencia de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, este proyecto no se refiere al detalle de todos y cada uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sino que establece que si no son reconocidos estos derechos colectivos (independientemente de cuáles sean ellos) se discrimina en contra de los pueblos indígenas. De este modo, no es una repetición de lo que se está discutiendo en el proceso de adopción de la Declaración Americana. En otras palabras, el proyecto de Convención plantea que la única forma de no discriminar en perjuicio de los pueblos indígenas es mediante la tutela de los derechos colectivos y no simplemente de los derechos individuales de los miembros de los pueblos indígenas.

Adicionalmente, el texto propuesto plantea la necesidad de reconocer derechos específicos que son la manera de garantizar un tratamiento igualitario a los pueblos indígenas. Es decir, que además del reconocimiento de los derechos colectivos per se, se deben reconocer y garantizar ciertos derechos especiales para que los pueblos indígenas puedan gozar igualitariamente de todos los

derechos humanos. Por ejemplo, no basta que se reconozca y tutele el acceso a los tribunales de justicia ordinarios del Estado para satisfacer el derecho al acceso a la justicia garantizado en el artículo 8 de la Convención Americana, sino que se exige que se reconozcan las formas tradicionales de administración de justicia de los pueblos indígenas.

Una explicación importante que requiere el texto es la distinción incluida entre pueblos indígenas y afrodescendientes mediante la frase “cuando fuera pertinente”. Como es sabido en las Américas, los afrodescendientes comparten una historia común asociada con el colonialismo, la esclavitud, el racismo estructural cuyas secuelas continúan presentes en la actualidad. Adicionalmente, los afrodescendientes no constituyen un grupo homogéneo en todo el hemisferio. Así mientras en varios países, la población afrodescendiente es mayoritariamente urbana, en otros países, importantes sectores afrodescendientes son población rural. Mientras en ciertos países la población afrodescendiente posee una lengua propia, por ejemplo, los garífunas o los raizales, en otros países, hablan la lengua mayoritaria. Mientras sectores importantes de afrodescendientes han vivido en tierras tradicionales y desarrollado formas particulares de administrar justicia y utilizar recursos naturales, otros sectores afrodescendientes no mantienen tales características. Estas particularidades y diversidades son las que indujeron a la inclusión de la frase “cuando fuera pertinente” como una forma de abarcar las diferencias y no con el propósito, objeto o fin de garantizar menos derechos que a los pueblos indígenas. Así, algunos de los derechos mencionados explícitamente tales como el derecho a su acción colectiva, a su organización social, política y económica son aplicables a todos los afrodescendientes. Otros en cambio, como el derecho a “sus sistemas jurídicos” o “a utilizar sus idiomas” tienen sentido exclusivamente con relación a aquellos grupos afrodescendientes que poseen sistemas jurídicos o idiomas propias, es decir cuando son “pertinente[s]”.

E. SOBRE LAS CONDUCTAS, PRÁCTICAS Y MEDIDAS CONSIDERADAS DISCRIMINATORIAS

El artículo 5 del Proyecto es de capital importancia dado que incluye el listado de conductas, prácticas y medidas consideradas discriminatorias. La primera pregunta que surge de este artículo es la razón de su inclusión así como las ventajas y desventajas de tener este listado. Partiendo del presupuesto de que es un listado meramente ejemplificativo y por ende que las conductas, prácticas y medidas incluidas han sido seleccionadas por alguna razón, sería muy importante desentrañar cuáles son estas razones. Puede ser que las conductas elegidas son aquellas prácticas discriminatorias que por su gravedad o importancia deban ser priorizadas o bien que existan ciertas prácticas particularmente perniciosas pero que permanecen invisibilizadas y el objetivo es precisamente visibilizarlas. Ante ello, se corre el riesgo que este catálogo aun meramente ejemplificativo no incluya otras prácticas de igual o mayor gravedad e importancia. Una lectura en conjunto de las conductas incluidas hace difícil encontrar la racionalidad de su selección frente a otras prácticas discriminatorias. Asociado a ello, el listado pareciera estar incompleto si se lo compara a conductas expresamente prohibidas por otras convenciones relevantes en la materia, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Lo mismo se puede indicar si se lo compara con los documentos de Santiago y Durban que identificaciones las manifestaciones de discriminación racial presentes actualmente.

En cuanto a las prácticas prohibidas de manera puntual, el proyecto pone un énfasis muy grande en la publicación y la circulación de ideas de contenido discriminatorio. En este sentido, es preciso analizar la compatibilidad de estas disposiciones con los estándares internacionales en materia de libertad de expresión y la necesidad de que estén conectadas a la incitación a la discriminación o a la violencia. Solamente para ejemplificar, si en una Universidad se crea un observatorio de discriminación racial para monitorear las publicaciones con contenido racista de los principales periódicos de América y publica esas manifestaciones, se incurriría en una práctica discriminatoria y por ende prohibida? Lo mismo puede señalarse respecto del inciso relativo a la “elaboración y la implementación de contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos que reproduzcan estereotipos o preconceptos en función de alguno de los factores de discriminación enunciados en la presente Convención”. Si en una clase universitaria se dictase una clase sobre el discurso discriminatorio o imágenes estereotipadas en los libros de todos los premios Nobel de Literatura de las Américas y por ende se reprodujesen todas las manifestaciones discriminatorias o prejuiciadas que pudiesen estar contenidas en dichos libros, estaría prohibida tal actividad pedagógica?

E. SOBRE LAS RESPUESTAS ESTATALES FRENTE A LA DISCRIMINACION

El artículo 6 dispone que los Estados se comprometen a prevenir, eliminar y sancionar el racismo, la discriminación o intolerancia. Este artículo tiene la virtud de no restringir su alcance a medidas de carácter penal. Las medidas de prevención, eliminación, sanción y erradicación no tienen porque ser de carácter penal. Por el contrario, medidas de prohibición de la discriminación por ejemplo en el empleo público, podría tener sanciones laborales, por ejemplo conclusión de la relación de empleo de aquella persona que discrimina, administrativas por ejemplo cese del contrato de concesión de un espacio público, civiles como por ejemplo pago de una multa o indemnización. Muchas veces estas sanciones son más efectivas y más expeditas y más fáciles de aplicar que las sanciones penales.

El artículo 7 cubre dos supuestos paralelos pero no simétricos. Por un lado la adopción de medidas especiales y de acción afirmativa o de preferencia para promover condiciones equitativas de igualdad. En este supuesto, se promueven la adopción de medidas y políticas temporales para acelerar los procesos de consecución de igualdad plena, tales como las cuotas para mujeres en procesos electorales. Como forma de mejorar la técnica legislativa y evitar innecesarias repeticiones, la Secretaría propone una versión simplificada que remita a las definiciones y parámetros contenidos en el artículo 1. En este sentido, las propuestas parecen tener razonabilidad.

Sin embargo, en el artículo original se menciona a la vez las medidas y políticas diferenciadas o especiales que fuesen necesarias para garantizar la igualdad. Estas medidas y políticas diferenciadas tratan precisamente el supuesto discriminatorio de tratamiento igualitario de personas o grupos en situaciones diferenciadas. En este segundo supuesto, se trata de medidas de diferencia que pueden ser permanentes o temporales, tales como considerar la característica nómada del pueblo ROM o gitano.

Con respecto al artículo 8 relativo a la formulación y aplicación de políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas corresponde preguntarse cuál es el motivo de la preferencia y énfasis en políticas de tipo educativo y de difusión que se menciona. Por ejemplo, uno de los artículos que le sirve de fuente al proyecto, el III de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

contra las Personas con Discapacidad hace mención de las “medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole”. Con ello se da la idea de un programa más amplio que no solamente pone énfasis en un aspecto como puede ser la educación o difusión.

Las diferentes propuestas, alternativas al artículo 9, ofrecen la virtud de concretizar las medidas particularmente de carácter legislativo a las que se deben sujetar los Estados. En este sentido es importante mantener el artículo. Sobre las diferentes propuestas, creemos que es importante considerar que varias de ellas incluyen una mención específica ciertas áreas de especial preocupación. Esta mención específica de áreas o aspectos, como mencionamos al analizar otros artículos, trae mayor visibilidad a estas áreas mencionadas a la par de incurrir en el riesgo de dejar otras de igual importancia invisibilizadas.

El artículo 10 pareciera tener dos objetivos básicos. Por un lado asegurar que los sistemas jurídicos y políticos —aunque México propuso ampliarlo a distributivos, económicos y socio-políticos—reflejen la diversidad de la población. Por el otro lado, esta diversidad debería servir para atender a las necesidades particulares y legítimas de cada uno de los sectores de la población. Sea cual fuese la versión que finalmente se adoptase es importante no perder de vista estos dos objetivos básicos. En este sentido, pareciera que la propuesta de Costa Rica no satisface el primer objetivo y la de Canadá no contempla el segundo aspecto.

El artículo 11 sirve tres propósitos principales establecer el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la justa reparación y la inversión de la carga de la prueba. En cuanto al primer aspecto, las diferentes propuestas parecen coincidir en las características de este remedio, rápido, sencillo, eficaz. Creemos que sería importante además de mencionar los ámbitos civiles y penales, adicionar laboral y administrativo ya que son áreas especializadas y en un gran número de países existen tribunales especializados en estas áreas que tienen directa incidencia en el tema de la discriminación en el ámbito del mercado laboral y de la administración pública. Con respecto al segundo aspecto, el de la reparación, creemos que deben explicitarse todos los supuestos que debería abarcar la reparación de acuerdo a los criterios interamericanos.

Finalmente sobre la propuesta de inversión de la carga de la prueba, consideramos que la propuesta de Canadá es la única compatible con la presunción de inocencia en el ámbito penal. Solamente en ámbitos no penales, es decir en procedimientos civiles, laborales o administrativos sería permisible esta inversión probatoria.

El artículo 12 parece tener por objeto tratar el tema de la discriminación múltiple, es decir cuando se hallan presentes dos o más de los factores discriminatorios. El artículo original implícitamente se refiere a la discriminación múltiple como factor agravante en procesos penales. Ello ofrece una visión sumamente limitada de cómo tratar el tema de la discriminación múltiple y darle fundamentalmente una respuesta desde el punto de vista penal. En todo caso, si fuese solamente como un factor agravante en procesos judiciales, deberían incluirse también en el ámbito civil, laboral y administrativo tal como se propuso anteriormente en cuanto a los remedios judiciales. Particularmente el artículo debería concentrarse en la definición de políticas públicas, donde la presencia de más de un criterio prohibido de discriminación puede tener un efecto agravado o diferenciado y que por lo tanto es necesario tener presente tales circunstancias al momento de elaborar, implementar y evaluar estas políticas públicas. Debe analizarse los problemas que enfrentan personas que pertenecen a dos o más grupos tradicionalmente discriminados y cuáles son las mejores políticas públicas para tratarles. Esto es, debe darse una respuesta sistémica y estructural y no

casuística al problema de la discriminación múltiple. Así, en el mercado de trabajo por dar un ejemplo, cuáles son los problemas agravados que aqueja a una persona con discapacidades y que es afrodescendiente y qué política debería implementarse que no sólo contemple la discapacidad o la identidad racial de la persona pero ambas conjuntamente. O cuáles son las barreras que las mujeres indígenas sufren al procurar la tutela judicial de sus derechos.

El artículo 13 trata dos temas relacionados el primero es la realización de estudios y el segundo la preparación y difusión de datos estadísticos desagregados. Al respecto, es importante determinar que el objetivo de los estudios sobre la naturaleza, las causas y las manifestaciones de la discriminación no es satisfacer curiosidades académicas sino servir para el diseño, elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas. Es decir que lo fundamental es que se realicen estudios para que los Estados puedan adoptar políticas públicas de una manera más informada. En cuanto a las estadísticas desagregadas además de que deben servir el mismo propósito en materia de políticas públicas debe incluirse un mandato expreso a los Estados para que difundan los datos entre los grupos y personas tradicionalmente discriminados.

G. SOBRE LAS INSTITUCIONES NACIONALES

Por los motivos que explicaremos más adelante no creemos en la conveniencia de crear un nuevo Comité en el marco de la OEA. En este sentido, el artículo 14 debería permanecer tan sólo con referencia a la necesidad de establecer o designar una institución nacional para llevar a cabo las tareas requeridas por la Convención.

La experiencia ha demostrado que las instituciones nacionales de derechos humanos (Defensorías del Pueblo, Comisiones Nacionales, etc.) no prestan debida o focalizada atención a las cuestiones de discriminación. De hecho, la tendencia de los últimos años, pareciera demostrar la preferencia por la creación de instituciones especiales, tal como el caso del INADI en Argentina o CONAPRED en México o SEPPIR en Brasil. En este sentido creemos un avance importante que se reconozca la necesidad de contar con una institución nacional dedicada exclusivamente al tema de la discriminación.

Pero el proyecto, ofrece pocas pautas sobre cómo debería ser esta institución. Consideramos que debería ser una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención y establecida de conformidad con los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (los "Principios de París" que aprobó la Asamblea General en 1993¹). Estas normas mínimas brindan orientación sobre el establecimiento, la competencia, las atribuciones, la composición, con las garantías de pluralismo e independencia, las modalidades de funcionamiento y las actividades cuasi-jurisdiccionales de tales órganos nacionales. Diversos Comités de las Naciones Unidas han instado a la creación de estas instituciones y a su

¹ Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (los "Principios de París"), resolución 48/134 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, anexo.

consolidación en los países que ya existen como medio importante para facilitar la aplicación efectiva de las respectivas convenciones a nivel nacional².

H. SOBRE LA CREACIÓN DE UN NUEVO COMITÉ INTERAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN, ELIMINACIÓN Y SANCIÓN DEL RACISMO Y TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA.

Nosotros no estamos convencidos de que realmente sea conveniente la creación de un nuevo Comité en el marco de la OEA. Dada la escasez de recursos que afronta la Organización, resulta necesario evitar la multiplicación de órganos de seguimiento de tratados, principalmente cuando podría implicar la duplicación de esfuerzos ya existentes, particularmente de la Comisión y de la Corte. Segundo porque en el proyecto no se prevé la independencia de sus miembros, sino precisamente la representación estatal. No establece cuáles deben ser las cualidades de dichos expertos, sus requisitos mínimos de experiencia, entre otros factores indispensables para garantizar su idoneidad e independencia. Tampoco se hace referencia a los mecanismos de selección de dichos expertos o a la posibilidad de que la sociedad civil pueda presentar comentarios respecto de las candidaturas. No queda claro además cuál sería la duración del mandato de cada uno de estos expertos, lo cual puede incidir en la postulación de candidaturas. En tercer lugar, porque no se prevén ningunas normas para asegurar participación de la sociedad civil en este mecanismo. Este mecanismo no prevé, la facultad de que las organizaciones de la sociedad civil participen del diálogo ni tampoco se prevé la oportunidad para que presenten sus propios informes ante el Comité. Finalmente se le da exclusivamente la tarea de analizar los informes periódicos, que fueron el punto que mayor resistencia generó entre los Estados al considerarlos que serían similares a los presentados al CERD. En el proyecto no se prevé ninguna particularidad de los informes periódicos que lo distingan de los que se tienen que presentar al CERD, Con el agravante que el CERD está compuesto por expertos independientes y que el de la OEA sería de representantes estatales. Tampoco se indica cuáles serían los mecanismos de seguimiento de las recomendaciones del Comité, mecanismo que es esencial para garantizar la efectividad de su trabajo.

El proyecto de Convención consagra adecuadamente, en el inciso i) del artículo 16, el derecho de petición ante la CIDH respecto de violaciones de la presente Convención por un Estado Parte. Es fundamental que esta Convención proporcione a individuos y grupos acceso a un recurso internacional en casos de violaciones de los derechos previstos en ella. Dada nuestra concepción de que los derechos tienen una dimensión individual y colectiva, creemos que la nueva Convención debería prever la posibilidad de presentar denuncias de tipo colectivo, similar a mecanismos existentes en Europa.

La nueva Convención debería complementar las facultades otorgadas a la CIDH por el Artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para formular recomendaciones a los Estados; preparar estudios e informes; solicitar informes de los Estados; atender las consultas que le formulen los Estados; prestar el asesoramiento que los Estados le soliciten y para informar sobre la situación de derechos humanos en los Estados miembros en el marco de su informe anual.

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general XVII relativa al establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 2 (2002), El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.

Por ejemplo, el proyecto prevé la facultad de los Estados Parte de formular consultas a la Comisión y de solicitar a la Comisión asesoramiento y cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de la Convención. Quizá lo que sería necesario es clarificar la redacción del inciso ii) del artículo 16 del proyecto se entienda en el sentido de limitar las facultades de la CIDH para efectuar recomendaciones generales así como para preparar estudios e informes cuando lo estime conveniente en el ejercicio de su función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y no sólo a solicitud de parte.

A fin de no generar mayor presión en el presupuesto por demás mínimo de la CIDH, creemos que la nueva Convención debería especificarse que dentro del presupuesto general de la Organización siempre debería haber un monto determinado asignado a la CIDH para cumplir con las tareas asignadas por esta nueva Convención.

De modo similar al artículo 17 de la Convención Interamericana contra la Tortura o el artículo 19 inciso 7 del Protocolo de San Salvador y con el objetivo de dar mayor visibilidad a la situación, la nueva convención debería estipular que la Comisión Interamericana analizará en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en lo que respecta a la prevención y eliminación de la discriminación.

En cuanto a las facultades de la Corte, el proyecto en el inciso iii) de su Artículo 16, prevé la posibilidad de que los Estados declaren que reconocen como obligatoria y de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. A continuación se señala que, en dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Estatuto y Reglamento de la Corte. Nosotros entendemos que este inciso debe interpretarse en el sentido de que incluso aquellos Estados que no han reconocido la competencia de la Corte conforme al Artículo 62 de la Convención Americana, podrían declarar que reconocen la competencia de la Corte para conocer de denuncias relativas al cumplimiento de la presente Convención y no como una exigencia de que aquellos Estados partes que ya han aceptado la jurisdicción de la Corte realicen una nueva declaración y que no se entienda que es automática su competencia para aplicar la nueva Convención. En este sentido sería importante clarificar el texto para evitar complicaciones interpretativas.

La facultad de emitir opiniones consultivas permite a la Corte Interamericana desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables al coadyuvar a los Estados al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Por eso consideramos importante mantener esta facultad. En este sentido, y similarmente a lo estipulado en el artículo 11 de la Convención de Belem do Pará, el nuevo instrumento debería prever la posibilidad de que los Estados miembros de la OEA y los órganos competentes de la Organización puedan requerir opiniones consultivas al tribunal interamericano.

2. ALGUNAS PROPUESTAS ADICIONALES

Dado que los comentarios precedentes siguieron el formato del proyecto de Convención, nos permitimos brevemente indicar algunos otros aspectos que han sido omitidos de la consideración en el proyecto de Convención actualmente bajo discusión.

La nueva Convención debería estipular que los Estados partes establezcan planes de acción nacionales para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. La adopción de programas nacionales permite el establecimiento de las bases de una política de Estado en materia de combate a la discriminación. El Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en 1993 en Viena, Austria, establece en su párrafo 71 una recomendación a los Estados, consistente en que éstos consideren la posibilidad de elaborar un plan de acción nacional en el que se determinen las medidas necesarias para que en el Estado de que se trate se mejore la promoción y protección de los derechos humanos. Esta idea fue retomada por el Plan de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo celebrada en Durban que reiteró en múltiples oportunidades la necesidad e importancia de la adopción de estos planes.³

La participación de los sectores tradicionalmente discriminados es importante para que las políticas que se adopten sean sensibles a sus necesidades. De allí que la nueva Convención debería disponer que las políticas y programas nacionales se planificarán y ejecutarán teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas discriminadas. En particular, siguiendo el artículo V.1 de la Convención contra la discapacidad, debería requerir que los Estados parte promoverán la participación de representantes de organizaciones de personas pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados y organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para aplicar la nueva Convención.

La Convención debería avanzar en el análisis del rol de los medios de comunicación pueden tener en el combate a la discriminación y en la promoción de valores igualitarios. Por ejemplo, la Convención de Belém do Pará, en su artículo 8 inciso g, llama a los Estados a alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer. La discusión sobre el contenido de la nueva Convención en esta materia debería tener en cuenta la sección sobre Información, comunicaciones y medios de difusión, incluidas las nuevas tecnologías del Plan de Acción de Durban (párr. 140-147).

La educación de funcionarios públicos en esta área es sumamente importante, ya que hay varias prácticas que están directamente afectadas por la conducta discriminatoria de agentes públicos. En este sentido, deberían seguirse los ejemplos del artículo 7 de la Convención contra la Tortura, el 8 inciso c de la Convención de Belém do Pará y Artículo III. Inciso 1 apartado d de la Convención contra la Desaparición Forzada estipulando que los Estados partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento, educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la discriminación, se asegure que dichos funcionarios estén capacitados para hacerlo. Estas disposiciones deberían complementarse

³ Ver Plan de Acción, párr. 31, 51, 66, 99 y 167 entre otros.

requiriendo que estos procesos de formación se realicen de manera sostenida e institucionalizada para dar continuidad al esfuerzo⁴.

Uno de los aspectos más nocivos de la discriminación es la difusión de patrones estereotipados de los grupos tradicionalmente marginados que legitiman y perpetúan la discriminación. Por lo tanto, sería sumamente importante que la nueva Convención establezca claros mandatos a los Estados para combatir dichos prejuicios. Varias convenciones pueden servir de ejemplo en esta materia. Así, la Convención de Belém do Pará, en su artículo 6 inciso b establece el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Y en su artículo 8 inciso b requiere a los Estados modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer. La Convención Interamericana sobre Discapacitados en su artículo 2 inciso c requiere a los Estados la adopción de medidas para la sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad⁵.

3. CONCLUSIÓN

Al concluir esta intervención, quisiera reconocer una vez más que esta Convención puede constituir un avance fundamental hacia la eliminación de la discriminación racial en las Américas. Espero que esta presentación contribuya a la reflexión colectiva dentro de la OEA respecto del racismo y la discriminación racial y las maneras más eficaces de combatirlos desde un instrumento normativo interamericano. Muchas gracias.

⁴ Ver Plan de Acción de Durban, párrafos 133-139.

⁵ En el ámbito universal se puede mencionar el artículo 7 de la Convención contra la Discriminación Racial que dispone: Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.