



**CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL
RACISMO Y TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN
E INTOLERANCIA**

DOCUMENTO DE TOMA DE POSICIÓN No.3

***LAS DIMENSIONES COLECTIVAS DE LA
DISCRIMINACION Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS
DERECHOS COLECTIVOS***

Juan Manuel Zarama Santacruz
Héctor Herrera Santoyo

Dirigidos por

César Rodríguez Garavito
Nelson Camilo Sánchez León
Isabel Cavalier Adarve

Programa de Justicia Global y Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes
Carrera 1 No. 18A-10, Bloque RGC, Piso 3
Tel. (+571) 3 39 4949
Fax. (+571) 3 32 4535
www.justiciaglobal.uniandes.edu.co
justiciaglobal@uniandes.edu.co

Human Rights Clinic
School of Law, university of Texas at Austin
Tel: (512) 232-4857
<http://www.utexas.edu/law>

Mayo de 2009

Tabla de contenido

Prefacio	4
Presentación y propósito del texto	5
1. La regulación de los derechos colectivos en los sistemas internacionales	6
1.1 Las víctimas de la discriminación también pueden ser grupos de personas (colectividades)	8
1.2 La protección colectiva de las víctimas de discriminación es necesaria	9
1.3 Las denuncias de discriminación deben incluir la posibilidad de presentación colectiva	10
2. Dimensiones colectivas de la discriminación y el reconocimiento de los derechos colectivos a nivel nacional en el contexto interamericano	11
3. Análisis teórico de los derechos colectivos en la futura convención	13
3.1 Las manifestaciones de discriminación, racismo e intolerancia se ejercen contra grupos determinados	13
3.2 La necesidad de reconocer derechos colectivos como consecuencia de las dimensiones colectivas de la discriminación, el racismo y la intolerancia	14
3.3 Los pueblos indígenas y afrodescendientes constituyen dos de los grupos que han sido víctimas históricas y presentes de discriminación racial	14
3.3.1 Los pueblos indígenas	15
3.3.2 Los afrodescendientes	15
4. Propuesta concreta para el articulado de la convención	17
4.1 Conservar íntegramente el artículo 3 del Capítulo II de la Convención	17
4.2 Modificar el artículo 4 del Capítulo II de la Convención	17
5. Conclusiones	18

Prefacio

La Organización de Estados Americanos (OEA) está discutiendo la adopción de una “Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia” (Proyecto de Convención). El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos y el Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes en conjunto con la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Austin Texas, ha preparado la siguiente serie de ensayos con el fin de aportar al proceso de negociación del Proyecto de Convención. El propósito de estos ensayos es profundizar y fortalecer el proceso de negociación del Proyecto y facilitar la participación de las organizaciones de la sociedad civil. Los ensayos analizan áreas particulares del Proyecto de Convención que se han identificado como problemáticas.

La serie está compuesta por cinco ensayos. El primero, elaborado por Kimberly Kamienska-Hodge y John Lajzer, explica los beneficios de tener una convención cuyo objeto se limite a la discriminación racial, y los detrimentos de una que aborde múltiples formas de discriminación a la vez. El segundo ensayo fue elaborado por Sara Leuschke, y examina los 28 motivos de discriminación que están actualmente incluidos en el Proyecto de Convención, en el contexto del acercamiento de la comunidad internacional a la discriminación. El tercero elaborado por Juan Zarama y Héctor Herrera, resalta la importancia de reconocer las dimensiones colectivas de la discriminación, especialmente en grupos históricamente marginados como los afrodescendientes e indígenas. El cuarto, que fue elaborado por Annie Depper, hace un recuento de los mecanismos de acciones judiciales colectivas que existen en las normas nacionales e internacionales, y aboga por la inclusión de un mecanismo de este tipo en la convención. El quinto y último ensayo, elaborado por María Laura Rojas y Camila Soto, identifica la necesidad de invertir la carga de la prueba en los casos de discriminación en el ámbito civil y promueve una regulación de la inversión de la carga de la prueba más amplia en el Proyecto de Convención, en aras de garantizar el derecho efectivo a la igualdad a las víctimas de discriminación. El primero, el segundo y el cuarto fueron escritos bajo la dirección de Ariel E. Dulitzky, el tercero y el quinto fueron escritos bajo la dirección de César Rodríguez Garavito, Nelson Camilo Sánchez León e Isabel Cavelier Adarve.

Presentación y propósito del texto

El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes es una clínica de Derechos Humanos que impulsa acciones jurídicas, estudios, cursos e intervenciones públicas que promueven el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Programa de Justicia Global y Derechos Humanos hace parte del Observatorio de Discriminación Racial (ODR) junto con el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia- y el Proceso de Comunidades Negras. El ODR es un espacio sistemático y específico que se dedica a documentar prácticas de discriminación racial en Colombia y a emprender acciones sociales, políticas y jurídicas para combatirlas. El Observatorio publicó en el año 2008 el primer informe sobre derechos humanos y discriminación racial en Colombia, disponible en inglés y español en la página web de Justicia Global www.justiciaglobal.info. Igualmente, en octubre de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo una audiencia con Justicia Global sobre la discriminación racial y la situación de la población afrodescendiente en Colombia.

El ODR y el Programa de Justicia Global y DDHH, de la mano con la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Austin Texas, están interesados en participar en el proceso de preparación de la Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (Convención), aportando al debate que se llevará a cabo en la Conferencia de los Estados en Junio de 2009.

El objetivo de este documento es contribuir en el proceso de preparación de la posible Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e intolerancia (en adelante la “Convención”). El texto analiza las dimensiones colectivas de la discriminación y el concepto de los derechos colectivos en la futura Convención. En ese sentido, busca promover el debate, facilitar los procesos de reflexión y contribuir activamente a la realización del Proyecto de Convención. Lo anterior en aras de consolidar un instrumento con la capacidad de fortalecer la estructura jurídica de la protección de los derechos humanos de las víctimas de actos de racismo, discriminación e intolerancia en las Américas. En consecuencia, el análisis se centrará en los artículos 3 y 4 del Capítulo II del Proyecto de Convención contenido en el “Documento Consolidado”¹.

Para llevar a cabo este objetivo, el texto se divide en cinco acápite: el primero presenta el panorama internacional de la discusión en torno a los derechos colectivos a partir de su regulación en las Declaraciones, Convenciones e instrumentos del Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos. La segunda parte del texto revisa las experiencias nacionales en materia de derechos colectivos en las legislaciones de los Estados Miembros

¹ Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia (Presentado por la Presidencia) En su revisado 11, y distribuido como documento CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 11.

de la OEA. En la tercera parte se exponen los argumentos de fondo que fundamentan la inclusión de los derechos colectivos en la futura Convención. El cuarto acápite presenta la propuesta concreta para ser tenida en cuenta en el articulado definitivo de la futura Convención. Finalmente, se presentarán algunas conclusiones finales.

1. La regulación de los derechos colectivos en los sistemas internacionales

La experiencia internacional es un punto de referencia determinante cuando se pretende elaborar un instrumento con la capacidad de fortalecer la estructura jurídica de la protección de los derechos humanos a nivel regional. En este sentido, vale la pena considerar los esfuerzos y desarrollos que la Comunidad Internacional ha conseguido en torno a la protección de los derechos de las víctimas de actos de racismo, discriminación e intolerancia. Esta sección explora los principios que evidencian las dimensiones colectivas de la discriminación y el reconocimiento de los derechos colectivos en la práctica internacional.

A nivel internacional existe una larga trayectoria de instrumentos internacionales que reconocen derechos colectivos o dimensiones colectivas de determinados derechos. Estos instrumentos van desde declaraciones y directivas hasta convenios y tratados. Asimismo, aquellos tratados que reconocen derechos colectivos han dado facultades a sus órganos de supervisión para vigilar el cumplimiento de los mismos. Entre estos, en una primera instancia podemos citar la Declaración de las Naciones Unidas sobre la *Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada en 1963². Esta declaración, incluyó medidas de protección a los derechos colectivos en sus artículos 2 y 9. Dos años después, la Convención de las Naciones Unidas sobre la *Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aumentó la comprensión y protección de los derechos colectivos³. El numeral 2 del artículo 2 de dicho instrumento reconoce los derechos colectivos que los Estados deben respetar para “asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos”⁴. Adicionalmente, como consecuencia de la anterior norma se deriva la prohibición establecida en el artículo 4 de “todo acto de

²Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963.

³ Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969.

⁴ El fragmento pertinente del artículo es así: (...) 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales...” [Subrayado por fuera del texto].

violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”⁵.

Igualmente, dicha Convención en su artículo 8 creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Los Estados parte tienen la obligación de remitir un informe periódico ante este Comité cada dos años⁶. Basándose en los informes, el Comité tiene como una de sus funciones hacer recomendaciones a los Estados parte. Precisamente, en la Observación final hecha a Costa Rica en el año 2002, el Comité animó al Estado parte a “seguir esforzándose por garantizar la igualdad de acceso de hecho a los tribunales de toda persona, los grupos minoritarios y étnicos inclusive⁷”. Esta Observación constituye sólo un ejemplo de una práctica del Comité en la que ha destacado que las garantías del acceso a la justicia requieren de un reconocimiento desde una perspectiva individual y colectiva.

Otro instrumento internacional importante en este sentido es el Convenio 169 *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, adoptado en el marco de la Organización Internacional del Trabajo en 1989. En este instrumento se protegen los derechos colectivos entendiendo a los grupos como sujetos con derechos⁸. Además se considera la conciencia del grupo de su propia identidad tribal como aspecto fundamental para que les sea aplicado el Convenio⁹.

En época reciente se adicionó a los instrumentos ya tratados la Directiva Europea número 43 del año 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta Directiva reitera la importancia de proteger de toda discriminación racial, a las personas físicas al igual que a las jurídicas, cuyos miembros sean discriminados por su origen racial. Este reconocimiento a la protección de personas jurídicas incluye, por supuesto, una protección de un derecho colectivo adjudicado a éstas.

Adicionalmente se han adoptado dos instrumentos de vital importancia sobre este tema: la Declaración de Durban y su plan de acción. Dichos documentos son el resultado de la conferencia mundial *contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, y las formas conexas de intolerancia* celebrada en Suráfrica en el año 2001. La declaración establece en

⁵ El texto del artículo 4 pertinente es así: (...) a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación” [Subrayado por fuera del texto].

⁶ Así queda previsto en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁷ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, hechas a Costa Rica en el año 2002.

⁸ Convenio 169 de la OIT. Especialmente los artículos 1 y 5, y en general todo el articulado.

⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 1, numeral 2.

sus párrafos 1 y 26, que las víctimas del racismo y la discriminación racial, se entenderán en su perspectiva individual y de grupo¹⁰. Igualmente, en el plan de acción de Durban se invita a los Estados a garantizar la protección frente a la discriminación racial a individuos y grupos por igual¹¹.

Finalmente, en la *Declaración de los pueblos indígenas* de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007 se establece que “en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación”¹², inclusive la racial¹³. De hecho, en cuanto a la discriminación racial hacia estos pueblos, la Declaración establece que ante cualquier forma de propaganda que la promueva, es deber de los Estados crear mecanismos eficaces para su prevención y resarcimiento¹⁴. Igualmente señala en su artículo primero, que los indígenas tienen derechos como pueblo y como individuo, es decir, el derecho se protege en su ámbito singular así como en el colectivo. En el artículo 7 se declara que “los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos”¹⁵. Además señala que los Estados deben prever mecanismos legales equitativos, para garantizar la reparación efectiva de toda lesión que se pueda presentar de los derechos individuales y colectivos¹⁶.

A partir de la anterior revisión cronológica de la normatividad internacional, podemos extraer tres principios fundamentales que evidencian las dimensiones colectivas de la discriminación y el reconocimiento de los derechos colectivos en varios instrumentos internacionales: primero (2.1), que la discriminación puede afectar a grupos o colectividades, segundo (2.2), que la protección colectiva de las víctimas de la discriminación es necesaria, y tercero, (2.3), que las denuncias de discriminación deben incluir la posibilidad de presentación colectiva.

1.1 Las víctimas de la discriminación también pueden ser grupos de personas (colectividades)

Una primera conclusión que podemos extraer de los distintos instrumentos internacionales es que existe un consenso global que reconoce que la discriminación racial no solamente

¹⁰ Declaración de Durban, artículo 1.

¹¹ Declaración de Durban, artículos 26, 60, 70, 92, 93, 94, 98, 100, 111 y 112.

¹² El texto del acápite de la declaración es así: *Reafirmando* que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación (...)

¹³ El texto del acápite de la declaración es así: *Afirmado además* que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

¹⁴ Declaración de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007. Artículo 8.

¹⁵ Declaración de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007. Artículo 7, inciso segundo.

¹⁶ *Ibíd.* Artículo 40.

puede victimizar a individuos, sino también, a colectividades o grupos. Este reconocimiento, de hecho, no es algo nuevo en el derecho internacional. Desde la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ya se preveía esta situación y a ello responde el artículo 9 que menciona que las víctimas de la discriminación pueden ser “cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”¹⁷. De esta manera, desde un primer momento, la normatividad internacional ha reconocido en términos generales que los actos de violencia no sólo son cometidos contra individuos, sino que forman parte de un atentado donde el sujeto pasivo es un grupo identificable por su color u origen étnico.

Uno de los desarrollos más recientes y especializados al respecto se presenta en la Declaración de Durban y su Programa de Acción. Así, ya desde el propio párrafo 1 la Declaración establece que las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia pueden ser tanto individuos como grupos de individuos al haber “sido afectados negativamente por esas plagas, sometidos a ellas o blanco de las mismas”. Asimismo, en el párrafo 26 se reitera este principio al considerar la necesidad de poner fin a la impunidad de las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas y los grupos que son víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

1.2 La protección colectiva de las víctimas de discriminación es necesaria

Ya desde la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se entendió que los actos de discriminación se presentan en una doble dimensión, individual y colectiva. Como consecuencia de ello, la protección contra estos actos debe ser garantizada en ambas dimensiones, tanto a derechos individuales, como a derechos colectivos o de grupo. En este sentido, el numeral 2 del artículo 2 de la Convención considera la necesidad de reconocer los derechos colectivos por parte de los Estados para “asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos”¹⁸. Como consecuencia del anterior principio se deriva la punibilidad contenida en el artículo 4 de “todo acto de violencia o

¹⁷ (...) 2. Toda incitación a la violencia, o actos de violencia, cometidos por individuos u organizaciones, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, deben ser considerados como una ofensa contra la sociedad y punibles con arreglo a la ley.” [Subrayado por fuera del texto].

¹⁸ (...) 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales...” [Subrayado por fuera del texto].

toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”¹⁹.

La necesidad de proteger de manera colectiva los derechos de las víctimas de la discriminación también se encuentra contenida en el Programa de Acción de la Declaración de Durban. El párrafo 70 del instrumento insta a los Estados a adoptar “medidas constitucionales, legislativas y administrativas necesarias para fomentar la igualdad entre las personas y los grupos víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia o las formas conexas de intolerancia”. Asimismo, dicha protección colectiva implica, según el párrafo 92, la evaluación periódica de la situación de los grupos que son víctimas de la discriminación en términos generales.

1.3 Las denuncias de discriminación deben incluir la posibilidad de presentación colectiva

A partir de las dimensiones colectivas de la discriminación se deriva la necesidad de proveer a los instrumentos internacionales con la posibilidad de realizar presentaciones colectivas de las denuncias. Esto se debe a que las víctimas, en muchas ocasiones requieren de un acceso colectivo o como grupo a las instancias de protección. En consecuencia, la garantía del acceso a la justicia se ha manifestado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a través de la recepción y el examen de comunicaciones de personas o grupos que aleguen ser víctimas de violaciones²⁰.

Así las cosas, del análisis de los distintos instrumentos internacionales podemos extraer como conclusión que los sistemas de protección contra la discriminación racial se basan en un triple reconocimiento. En primer lugar, existe un reconocimiento de que los actos de discriminación racial y racismo afectan no sólo a individuos, sino a colectividades. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, los Estados han reconocido dimensiones colectivas a derechos y derechos colectivos. Finalmente, en la medida en que se reconocen derechos colectivos, los Estados han considerado pertinente dar una protección igualmente colectiva frente a dichas violaciones.

¹⁹ (...) a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación” [Subrayado por fuera del texto].

²⁰ “1. Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones (...)” [Subrayado por fuera del texto].

2. Dimensiones colectivas de la discriminación y el reconocimiento de los derechos colectivos a nivel nacional en el contexto interamericano

Estos desarrollos regionales e internacionales son el reflejo del reconocimiento a nivel interno de la existencia de derechos colectivos y de la necesidad de protección frente a actos de discriminación racial. De hecho, los Estados del Hemisferio han sido pioneros en el reconocimiento interno de derechos de carácter colectivo, tal como se refleja en los órdenes constitucionales y legales de muchos países de la región. Por lo tanto, el reconocimiento de derechos colectivos en la futura Convención Interamericana no sería otra cosa que la extensión de un compromiso de reconocimiento que ya han asumido los estados de la región a través de su legislación interna y la ratificación de otros tratados internacionales. Esta sección explora las Constituciones Políticas de los Estados Miembros y evidencia la protección jurídica de los derechos colectivos en la práctica nacional.

Así, en el Hemisferio se ha venido dando un proceso de concientización del importante aporte a la cultura de los países de América, que dieron los pueblos afrodescendientes. Igualmente, se ha hecho visible la histórica discriminación racial cuyas víctimas han sido individuos y colectividades de afrodescendientes. Como consecuencia de lo anterior, podemos ver que existe un proceso de progresivo reconocimiento en las Constituciones nacionales de los derechos colectivos de estos pueblos. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador en su artículo 58 estipula que “para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.²¹ [Subrayado por fuera del texto]

Por otra parte, es importante tener en cuenta que si bien la Constitución de Ecuador es un punto de referencia, el proceso de reconocimiento de los derechos colectivos a los afrodescendientes se ha dado en otros países de América de forma progresiva. Esto mediante la comprensión de los pueblos afrodescendientes como pueblos tribales con costumbres y acerbos culturales propios, que los diferencian de las mayorías nacionales.

La Carta Política boliviana de 2007, afirma que “el pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos”²². Igualmente, en la Constitución Política de Colombia de 1991, se protegen los derechos de las comunidades afrocolombianas a tener su propia cultura y territorios colectivos²³. Del

²¹ Constitución Política de Ecuador de 2008.

²² Constitución Política de Bolivia. Artículo 32.

²³ Constitución Política de Colombia. Artículo 55 transitorio. Regulada por la Ley 70 de 1993.

mismo modo, se ha dado un proceso de reconocimiento y protección jurídica a la cultura y costumbres de los pueblos afrodescendientes.

Igualmente, en este acápite es importante señalar el reconocimiento y protección del importante aporte que los afrodescendientes han hecho a la cultura nacional. En tal sentido, la Constitución Federal brasilera de 1988 protege las manifestaciones culturales de los grupos afrobrasileros²⁴. Igualmente, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 55 transitorio, desarrollado en la ley 70 de 1993, declara deber del Estado respetar la cultura de los afrocolombianos. Asimismo, en la Constitución de Bolivia se establece que el Estado protegerá los saberes y conocimientos de las comunidades afrobolivianas²⁵. También en Ecuador se protege la cultura de los pueblos afrodescendientes²⁶. Visto lo anterior, se evidencia la tendencia a reconocer derechos colectivos, territoriales o culturales, de forma directa o indirecta; a los pueblos afrodescendientes de América.

Del mismo modo, en el hemisferio se ha reconocido a los grupos indígenas el derecho colectivo a la conservación de sus tradiciones culturales y el derecho colectivo al respeto de sus territorios comunitarios. Así ocurre en las Constituciones de Argentina²⁷, Bolivia²⁸, Brasil²⁹, Canadá³⁰, Colombia³¹, Ecuador³², Guatemala³³, México³⁴, Nicaragua³⁵, Panamá³⁶, Paraguay³⁷, Perú³⁸ y Venezuela³⁹.

Por ejemplo, en la Constitución nicaragüense de 1987 se estipula que “(el) Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y

²⁴ Constitución Federal de Brasil. Artículo 215. El texto del artículo es así: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...)”[Subrayado por fuera del texto]

²⁵ Constitución de Bolivia. Artículo 101.

²⁶ Constitución Política de Ecuador. Artículos 56 y 58.

²⁷ Constitución de Argentina. Artículo 17.

²⁸ Constitución de Bolivia. Artículo 171.

²⁹ Constitución Federal de Brasil. Artículo 231.

³⁰ Canadian Charter of Rights and Freedoms. Article 25.

³¹ Constitución Política de Colombia. Artículos 63, 286, 287, 329 y 330.

³² Constitución Política de la República de Ecuador. Artículo 84.

³³ Constitución Política de la República de Guatemala. Artículos 67 y 68.

³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 27.

³⁵ Constitución de Nicaragua. Artículos 5, 89 y 180.

³⁶ Constitución Política de Panamá. Artículo 123.

³⁷ Constitución de la República de Paraguay. Artículo 64.

³⁸ Constitución Política del Perú. Artículos 88 y 89.

³⁹ Constitución Política de la República de Venezuela. Artículo 119.

disfrute de las mismas (...)”⁴⁰ Otro ejemplo es la Constitución de Perú que establece que "(l)as Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, (...) El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”⁴¹ Entonces, teniendo claro el panorama, en lo que se refiere a instrumentos jurídicos internacionales y nacionales de la región, es pertinente pasar a hacer un análisis de fondo de los derechos colectivos en la futura Convención.

3. Análisis de los derechos colectivos en la futura convención

El reconocimiento tanto nacional como internacional de la identidad de derechos colectivos y de la necesidad de la protección colectiva de estos derechos frente a actos de discriminación, racismo e intolerancia responde a principios importantes y a realidades de discriminación estructural en la región Interamericana. Acogiendo esta evidente realidad, en esta sección expondremos los principales argumentos que sostienen que el combate efectivo contra la discriminación y la garantía del principio de igualdad sólo es posible si se reconocen las dimensiones tanto individuales como colectivas en el texto de la futura Convención.

3.1 Las manifestaciones de discriminación, racismo e intolerancia se ejercen contra grupos determinados

En primer lugar, la protección y garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes constituye el reconocimiento de la dimensión colectiva de la discriminación ejercida contra ellos en el contexto interamericano y mundial. Lo anterior se debe a que los actos, manifestaciones o prácticas de discriminación son ejercidas no solamente contra personas claramente individualizadas, sino que en muchos casos son ejercidas contra grupos determinados. El problema de la discriminación por motivos de raza, color u origen étnico es un fenómeno que comprende una dimensión colectiva que sólo puede ser protegida a través del reconocimiento de los derechos de su misma índole, esto es, de los derechos colectivos.

Asimismo, dichas víctimas colectivas del fenómeno de la discriminación en el contexto interamericano también se presentan como resultado de los actos, manifestaciones o prácticas de discriminación contra personas particulares no por su individualidad específica, sino por su pertenencia a un grupo determinado, es decir, por ser indígenas o afrodescendientes. Esto quiere decir que este tipo de discriminación tiene una connotación decisiva en tanto involucra posibles víctimas que requieren de una protección colectiva pues sus derechos vulnerados involucran un grupo al cual pertenecen. Como prueba de lo

⁴⁰ Constitución de Nicaragua. Artículo 5.

⁴¹ Constitución Política del Perú. Artículo 89.

anterior, pueden observarse los datos o estadísticas en varios Estados del Hemisferio donde se indica que los indígenas y afrodescendientes poseen mayores niveles de pobreza y extrema pobreza, tasas de mortalidad, analfabetismo y desempleo, entre otros.

3.2 La necesidad de reconocer derechos colectivos como consecuencia de las dimensiones colectivas de la discriminación, el racismo y la intolerancia

En segundo lugar, al reconocer que la discriminación afecta derechos colectivos se tiene en consecuencia que toda medida que se adopte para combatirla tiene que reconocer dicha entidad colectiva, o de lo contrario será, a lo menos, insuficiente. De esta manera, la protección de sus derechos a través del reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales es insuficiente desde el plano individual y requiere en consecuencia un plano colectivo. Por lo tanto, una Convención que pretende eliminar las formas de racismo, discriminación e intolerancia debe considerar la inclusión de los derechos colectivos reconocidos actualmente tanto en los instrumentos internacionales como en algunas legislaciones internas de los Estados Parte de la OEA.

En este sentido, si se niega la posibilidad de reconocer, proteger y garantizar los derechos colectivos a los pueblos indígenas y a los afrodescendientes se está ignorando una de las expresiones más claras de prácticas discriminatorias en nuestra región. Así pues, adquiere una importancia fundamental el hecho de que los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos manifiesten colectivamente su rechazo a las prácticas racistas, discriminatorias e intolerantes contra estos grupos a través de una Convención que expresamente reconoce sus derechos. En consecuencia, los derechos colectivos constituyen el mecanismo idóneo para combatir los actos y manifestaciones de discriminación, racismo e intolerancia ejercida de manera colectiva sobre grupos que históricamente han sido sus víctimas.

3.3 Los pueblos indígenas y afrodescendientes constituyen dos de los grupos que han sido víctimas históricas y presentes de discriminación racial.

En tercer lugar, siguiendo la lógica argumentativa, se tiene que al reconocerse que existen dimensiones colectivas de la discriminación que involucran derechos colectivos, es preciso proteger dichos derechos, especialmente a los grupos que han sido víctimas históricas y presentes de discriminación racial. Los desarrollos de Santiago y Durban en la materia, son un punto de referencia en tanto identifican a los pueblos indígenas y afrodescendientes como dos de estos grupos que han padecido – y siguen padeciendo- la discriminación racial. En consecuencia, el artículo 4 del Proyecto de Convención cobra vital importancia en tanto visibiliza a los grupos tradicionalmente discriminados y declara las obligaciones específicas a los Estados Parte con relación a estos grupos:

3.3.1 Los pueblos indígenas

El reconocimiento de los derechos colectivos como condición necesaria para combatir la discriminación contra los grupos especialmente vulnerables sólo es posible mediante su reconocimiento expreso. Por ello, mediante su protección no se está constituyendo una declaración de cada uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sino que se está reconociendo sus derechos colectivos en abstracto como medida necesaria para eliminar las formas de discriminación ejercidas contra pueblos indígenas. En consecuencia, el artículo 4 de la futura Convención protege y garantiza los derechos colectivos como la única forma de no discriminar en perjuicio de los pueblos indígenas, y no como pretensión de reafirmar sus derechos, los cuales son efectivamente objeto de desarrollo en la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

En este orden de ideas, el artículo 4 del Proyecto de Convención tiene como objetivo el reconocer determinados derechos para garantizar un tratamiento igualitario indispensable para la existencia, bienestar y desarrollo integral de los pueblos indígenas. Así pues, no sólo se reconocen los derechos colectivos en general, sino que se pretende eliminar las formas de discriminación y racismo a través de la protección de los derechos a su acción colectiva; a su organización social, política y económica; a sus sistemas jurídicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a utilizar sus idiomas; y a administrar, controlar y aprovechar sus hábitats y recursos naturales. Por lo tanto, se deben reconocer y garantizar estos derechos especiales para que los pueblos indígenas puedan gozar igualitariamente de todos los derechos humanos.

3.3.2 Los afrodescendientes

Por otra parte, el artículo 4 del Proyecto de Convención hace referencia al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos afrodescendientes. Sin embargo, en su texto presenta una distinción entre pueblos indígenas y afrodescendientes mediante la expresión “cuando fuera pertinente”. El fundamento de esta distinción reside en el hecho de que si bien se reconoce que los afrodescendientes han sido víctimas como grupo de actos de discriminación y racismo a partir de su historia común asociada con el colonialismo y la esclavitud, constituyen un grupo heterogéneo que no es posible ser comprendido como un pueblo que ejerce sus derechos de manera colectiva en todos los casos.

La heterogeneidad de las personas afrodescendientes en nuestra región es evidente pues en ocasiones son poblaciones mayoritariamente urbanas, mientras que en otros contextos son claramente poblaciones rurales. Asimismo, algunos ejemplos de comunidades afrodescendientes evidencian su unidad a través de una lengua propia, de su asentamiento en tierras tradicionales, de formas particulares de administrar justicia o utilizar recursos naturales. Sin embargo, estos ejemplos no ejemplifican la totalidad de la población afrodescendiente en la medida en que en muchos casos no constituyen un grupo

homogéneo que ejerce derechos colectivos pues hablan la lengua mayoritaria, no poseen un asentamiento territorial determinado, ni han generado una organización social, política o cultural determinada.

Como resultado de las anteriores diversidades entre la población afrodescendiente de la región, se introdujo la expresión “cuando fuera pertinente” como una forma de abarcar las diferencias y establecer la aplicabilidad de los derechos únicamente a los casos en que efectivamente se constituyen grupos cuyos derechos requieren una dimensión colectiva. Sin embargo, la inclusión de esta expresión puede conllevar el debilitamiento o la relativización de la protección debida para con las comunidades y los pueblos afrodescendientes en la medida en que no queda claro cuándo es pertinente la protección y garantía de los derechos colectivos, dejando en consecuencia una falta de claridad al establecer que estará a disposición de los Estados la pertinencia de reconocer o no los derechos colectivos de las comunidades afrodescendientes.

El reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades afrodescendientes no puede observarse como condicionado a la voluntad estatal o de entidades privadas cuando lo consideren pertinente. Es preciso que el articulado de la Convención sea capaz de proteger y garantizar de manera autónoma los derechos colectivos de manera que se eliminen las conductas que permiten que estas comunidades continúen siendo discriminadas y violentadas en sus derechos fundamentales. Por lo tanto, se considera que las dimensiones colectivas de la discriminación evidencian la necesidad de reconocer los derechos colectivos tanto de los indígenas, como de la población afrodescendiente.

En otras palabras, resulta imperativo otorgar protección a la identidad colectiva de todo grupo afrodescendiente que constituya una comunidad homogénea y diferenciada de la mayoría de la población nacional por tener características sociales y culturales distintas, basadas en sus tradiciones ancestrales.. Para el efecto, el criterio de identificación deberá ser el auto-reconocimiento como grupo culturalmente diferente al hegemónico. De conformidad con el Convenio 169 de la OIT, éste es el criterio fundamental para determinar si un grupo constituye una comunidad claramente diferenciada por diversidad cultural⁴². En aquellos casos en que se cumpla este criterio estamos ante un grupo cultural minoritario que, como tal, ostenta la titularidad de los derechos diferenciados, tal y como se reconoce a las minorías en varias constituciones del Hemisferio. Sólo para citar una, con base en este criterio de auto-reconocimiento la jurisprudencia constitucional colombiana ha protegido los derechos colectivos de las comunidades afrocolombianas, entre otros, a la consulta previa (arts. 2, 40, 55T, 93, 94 y 330 C.P.), a la existencia (arts. 2, 7, 11, 12 y 55T C.P.), la

⁴² En efecto, el numeral segundo del artículo 1º del Convenio 169 de la OIT establece: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

integridad cultural y social (arts. 2, 7 y 55T C.P.), la identidad cultural (arts. 2, 7 y 55T C.P.) y la autonomía (arts. 2, 7 y 55T C.P.).

4. Propuesta concreta para el articulado de la convención

A partir de las consideraciones anteriormente expuestas, y con el objetivo de llenar los aspectos donde se considera que el Proyecto presenta vacíos respecto a la protección de los derechos colectivos, se proponen las siguientes recomendaciones para ser consideradas en el articulado definitivo de la futura Convención:

4.1 Conservar íntegramente el artículo 3 del Capítulo II de la Convención

Se recomienda conservar íntegramente el artículo 3 del Capítulo II de la Convención, toda vez que su contenido resalta la importancia de concebir el combate contra la discriminación a partir de la garantía del principio de igualdad que depende de las dimensiones individuales y colectivas de sus manifestaciones. Es necesaria la protección colectiva de los derechos pues la discriminación y el racismo se presentan también en el plano colectivo. Por lo tanto, si se elimina dicha disposición del articulado, se estaría renunciando a reconocer las dimensiones colectivas de la discriminación y en consecuencia suprimiendo el mecanismo para erradicarla en la futura Convención, esto es la protección y garantía de los derechos colectivos.

4.2 Modificar el artículo 4 del Capítulo II de la Convención

Se recomienda modificar el artículo 4 del Capítulo II de la Convención pues, dado que el propósito de este artículo es reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes, la expresión “cuando fuera pertinente” presenta problemas en su determinación y aplicación a los casos concretos de discriminación y racismo. Las dimensiones colectivas de la discriminación evidencian la necesidad de reconocer los derechos colectivos tanto de los indígenas, como de la población afrodescendiente que constituya un grupo diferenciado y culturalmente diverso. Por lo tanto, la protección de estos derechos debe ser reforzada y más incluyente, razón por la cual, se propone modificar la versión actual del artículo 4 de la siguiente manera:

“Los Estados Parte de esta Convención se comprometen a proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y de los otros pueblos y etnias, indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos, entre otros, el derecho a su acción colectiva; acceso a los servicios y bienes públicos; a su organización social, política y económica; a sus sistemas jurídicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a utilizar sus idiomas; y a administrar y

controlar sus tierras, territorios y recursos naturales, en conformidad con la legislación de los Estados Parte.”

5. Conclusiones

A manera de conclusión, debe reiterarse que la futura Convención puede constituir un avance fundamental para fortalecer la estructura jurídica de la protección de los derechos humanos de todas las víctimas diarias de actos de racismo, discriminación e intolerancia en las Américas. En este sentido, es preciso tener presentes los aspectos teóricos y fácticos que denotan el carácter fundamental de concebir el combate efectivo contra la discriminación y la garantía del derecho a la igualdad desde el reconocimiento de sus dimensiones colectivas. Las manifestaciones de estas dimensiones colectivas de la discriminación, el racismo y la intolerancia afectan derechos colectivos y por ende, toda medida que se adopte para combatirla requiere la protección y garantía de dicha entidad colectiva.

Como consecuencia inmediata de lo anterior, la Convención debe declarar expresamente la protección de los derechos colectivos que garantizan el principio de igualdad entre individuos y grupos. Siguiendo la experiencia internacional y nacional de la región en torno a la protección de los derechos de las víctimas de actos de racismo, discriminación e intolerancia, se ha puesto en evidencia la necesidad de reconocer las dimensiones colectivas de la discriminación especialmente en los grupos históricamente afectados. Así pues, los pueblos indígenas, los grupos afrodescendientes y otros pueblos y etnias requieren una protección especial y expresa donde se declaren sus derechos colectivos. Esta protección constituye la única forma de combatir integralmente la discriminación contra dichos grupos pues sus víctimas son sujetos colectivos que requieren la tutela de sus derechos igualmente colectivos.