



EL GRUPO Y SU PROTECCION EN DERECHO INTERNACIONAL

Natan LERNER

INTRODUCCIÓN

La intensificación del sentimiento étnico —el término «étnico» utilizado *lato sensu*, en un sentido flexible— es un fenómeno que está concitando la atención creciente de juristas, antropólogos, sociólogos y politólogos. La cantidad de estudios dedicados a temas como nacionalismo y etnicismo, con todas sus implicaciones —tribalismo, irredentismo, separatismo, violencia, regionalismo, federalismo, autodeterminación, asimilación— aumenta constantemente, tanto en Occidente como en el Tercer Mundo afroasiático, al punto de haber engendrado virtualmente una nueva disciplina científica¹. Los derechos del grupo, los llamados derechos colectivos², los derechos de las minorías —en el sentido técnico-jurídico y en un sentido amplio— involucran fascinantes problemas legales y políticos, cada día más pronunciados. Los excesos, la exacerbación y la restricción de los sentimientos étnicos han sido, y son, la causa de muchos conflictos de nuestro tiempo, terribles algunos de ellos. En algunos casos, lo que ha ocurrido es una consolidación de la conciencia grupal; en otros, el resultado ha sido lo que un au-

1. Cfr. Pierre L. VAN DEN BERGHE, «The Ethnic Revital in the Modern World», por Anthony D. SMITH, nota bibliográfica en *International Migration Review*, XVII, 63 (1983), p. 514.

2. Ver Yoram DINSTEIN, «Collective Human Rights of Peoples and Minorities», en *The International and Comparative Law Quarterly*, enero de 1976, pp. 102-120.



tor llama la «estrangulación etnocida» que hizo falta, por ejemplo, para convertir en «franceses» a «recalcitrantes catalanes, alsacianos, flamencos, bretones, occitanos, vascos, corsos y otros»³.

Es difícil, por cierto, exagerar la importancia de este tópico en la vida internacional de nuestros días. Muchos de los conflictos mayores de nuestro tiempo son la consecuencia, al menos parcialmente, de litigios entre grupos, dentro o más allá de las fronteras del Estado. No hay virtualmente zona del mundo exenta de la amargura y, frecuentemente, la violencia y aun terrorismo, en algunos casos, causados por la supresión o el aplastamiento de las aspiraciones colectivas de grupos religiosos, étnicos o culturales, por la discriminación o persecución contra minorías y por la instigación al odio contra grupos.

Por regla general, es la condición de miembro de un grupo, más que cualesquiera cualidades intrínsecas o los méritos o los defectos del individuo aislado, lo que constituye la causa de la discriminación. La gente es, por lo común, discriminada, odiada, humillada o despreciada por pertenecer a una raza determinada o a un grupo étnico determinado, por tener la piel de cierto color, por hablar un idioma diferente, por profesar una religión que no es la de la mayoría —en suma, por pertenecer a un *grupo diferente*⁴.

Desdén, desprecio, rencor y, en algunos casos, hasta la discriminación no son actitudes necesariamente ilegales. Cada uno de nosotros opta constantemente, elige a sus amigos, vecinos, asociados. Alguna gente nos gusta; otra, no. A algunos invitamos a nuestras casas; a otros, no. No siempre tenemos razón. A veces actuamos sólo movidos por prejuicios. Pero, mientras tales distinciones no trasciendan de la órbita puramente privada, el derecho no se interesará en ellas, por más arbitrarias y condenables que sean y por más que sean el fruto del prejuicio, la ignorancia u otras razones carentes de justificación objetiva.

Es sólo cuando hay un *derecho* en juego, cuando un interés *jurídicamente* protegido es dañado, o amenazado, que estamos frente a un caso de discriminación en el sentido legal de la palabra. Y cuando la discriminación trasciende de la esfera puramente individual, más allá de disminuir al individuo miembro del grupo afectado a la categoría de persona menos respetada;

3. David NICHOLLS, *Three Varieties of Pluralism*, Londres, 1974, p. 61.

4. Cfr., *The Main Types and Causes of Discrimination*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, p. 7.



cuando lo que ocurre es un desconocimiento de las aspiraciones colectivas del grupo como tal, es frecuente que debamos enfrentarnos con situaciones conflictivas susceptibles de poner en peligro la paz y de causar un derramamiento de sangre aterrador. Los ejemplos abundan en el mando de nuestros días. ¿Hay, acaso, necesidad de mencionar específicamente casos como África del Sur, el Norte de Irlanda, Chipre, el Medio Oriente, Sri Lanka, y tantos más?

En todos esos casos, y en muchos otros, el miembro individual del grupo es la víctima de la discriminación, pero, esencialmente, el objeto del acto o de la omisión que entrañan discriminación es, no el individuo, sino el grupo al que el individuo pertenece. De ahí que los grupos como tales deban ser protegidos contra las medidas que violan sus derechos y deban poder contar con los necesarios remedios para prevenir tales violaciones o para reparar las injusticias cometidas. En el orden interno, es el derecho constitucional el que deberá proveer tal protección y tales recursos; más allá de las fronteras del Estado, el derecho internacional ha debido interesarse en la materia, tanto por el mérito del derecho involucrado como por los riesgos emanados de su desconocimiento. El propósito de este trabajo es examinar cómo el derecho internacional y particularmente la legislación internacional en materia de derechos humanos han enfocado la materia⁵.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En realidad, la legislación internacional en materia de derechos humanos tuvo su punto de partida en los tímidos intentos de proteger a grupos discriminados, especialmente grupos religiosos. En esa etapa primaria, más que de derechos y de protección cabe hablar de tolerancia. A ese período pertenecen los esfuerzos de los primeros juristas internacionales españoles y las medidas tomadas para acordar algunas garantías a las poblaciones de los territorios cuya condición legal se había modificado a consecuencia de las guerras religiosas europeas. Como

5. Entre las obras dedicadas al tema de los últimos años, ver Warwick MCKEAN, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983; Marc BOSSUYT, *L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, Bruselas, 1976; E. W. VIERDAG, *The Concept of Discrimination in International Law*, La Haya, 1973.



lo expresa correctamente un autor que se ocupó de la evolución histórica de los derechos humanos, al comienzo «no el individuo, sino grupos de individuos, minorías dentro de una determinada comunidad política, se evidenciaron ante la conciencia de las naciones civilizadas como necesitadas de protección al nivel internacional»⁶. A partir del siglo XVI, hubo tratados que fueron incorporando cláusulas amparando ciertos derechos de individuos o grupos que profesaban una religión diferente de la de la mayoría. Estas fueron las así llamadas «capitulaciones».

El famoso Congreso de Viena de 1815⁷ amplió la protección a los grupos minoritarios más allá del área puramente religiosa, bajo la influencia de los principios igualitarios proclamados en el *Bill of Rights* inglés de 1689, la Declaración Americana de 1776 y los principios de la Revolución y la Declaración Francesas de 1789. Varios de los tratados internacionales concluidos en el siglo XIX incluyen medidas protectivas a favor de grupos discriminados o perseguidos por razones de raza, religión o idioma⁸.

Este es también el período de la denominada «intervención humanitaria». En nombre de la humanidad, comenzó a perfilarse un poco preciso método de intervención diplomática, por parte de algunas de las potencias mayores a favor de minorías perseguidas en determinados países. Este tipo de intervención no se tradujo, sin embargo, en un sistema protectorio orgánico y formal⁹.

El paso siguiente fue un importante aunque no exitoso experimento: los tratados sobre minorías que siguieron a la Primera Guerra Mundial. Estos tratados persiguieron un doble propósito: a) asegurar a las minorías raciales, religiosas o idiomáticas un pie de perfecta igualdad con los demás ciudadanos del país; b) garantizar la preservación de las características específicas del grupo minoritario¹⁰. El fracaso del sistema invo-

6. Ver Alejandra LUINI DEL RUSSO, *International Protection of Human Rights*, Washington, 1971, p. 14.

7. Vid. Nathan FEINBERG, «The International Protection of Human Rights and the Jewish Question», 3, *Israel Law Review*, 1968, pp. 487-500.

8. Ver VIERDAG, *op. cit.*, p. 84.

9. Ver A. H. ROBERTSON, *Human Rights in the World*, Manchester, 1972, p. 17.

10. Así lo determinó la Corte Permanente de Justicia en su opinión consultiva en el caso *Escuelas Minoritarias en Albania* (Series A/B, No. 64), 1935.



lucrado en los tratados sobre minorías fue la consecuencia de las condiciones políticas y económicas existentes en la Europa de entre las dos guerras mundiales y no de alguna debilidad intrínseca del sistema. Los tratados constituyeron un notable experimento que «no pudo sino compartir la suerte del organismo político en cuyo seno se desarrolló: la Liga de las Naciones misma»¹¹.

Después de la Segunda Guerra Mundial y del establecimiento de las Naciones Unidas el énfasis en la protección de los derechos humanos se desplazó de la protección de grupos hacia la protección de los derechos y libertades *individuales*, casi exclusivamente. La nueva regla sería que, en todo caso en que los derechos de alguien son violados o limitados por razón de alguna característica grupal —raza, religión, origen étnico o nacional, cultura— la solución consistiría en proteger los derechos del individuo sobre una base puramente individual.

Este fue el método de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y ambos Pactos de Derechos Humanos. Todos ellos proclamaron el principio de no-discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión o motivos semejantes. El Artículo 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos se refiere, tímidamente, al derecho de las minorías étnicas, religiosas o idiomáticas a gozar, en conjunto con los otros miembros del grupo, de su propia cultura, de profesar y practicar su propia religión, o usar su propio idioma. Ambos Pactos, en sus respectivos artículos 1, proclaman el derecho de autodeterminación de los pueblos, un derecho que, por su propia naturaleza, es de carácter colectivo. No podemos aquí ocuparnos, desde luego, del fascinante tema de qué es un pueblo, cuándo existe el derecho a la auto-determinación y cuáles son su alcance y sus limitaciones. En general, dejando de lado los mencionados artículos, la tendencia seguida en este período está marcada por el Artículo 26 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos que afirma la norma de la igualdad de todas las personas y de la no-discriminación.

Muy pronto, empero, habría la comunidad internacional de arribar a la conclusión de que el principio de no-discriminación y el sistema centrado en el individuo por sí solos no son suficientes para proteger los derechos del individuo como miembro

11. Ver Jacob ROBINSON y otros, *Were the Minorities Treaties a Failure?*, Nueva York, 1943, p. 265.



de un grupo y los derechos del grupo como tal¹². Esto se tornó particularmente evidente en los casos de sociedades multi-étnicas, multi-religiosas o multi-culturales, en el seno de las cuales existen grupos bien identificados que aspiran a preservar su carácter distintivo y rechazan la integración total que conduce a la asimilación. El resultado de esta convicción fue la adopción de nuevos instrumentos internacionales, algunos de ellos de un carácter general, comprehensivo, otros dirigidos a proveer protección internacional contra la discriminación racial u otras formas de discriminación en áreas determinadas, específicas. Me referiré a ellos más adelante. A esta altura se impone un breve examen de algunos problemas conceptuales.

QUÉ GRUPOS DEBEN SER PROTEGIDOS

Para determinar cuáles son los «grupos» que requieren y merecen protección es menester clarificar el sentido del término a los efectos que aquí nos interesan. No todo agregado de seres humanos es un *grupo* a tales efectos. De acuerdo con la terminología de la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías de las Naciones Unidas, grupos son «categorías naturales o sociales que no se relacionan ni con la capacidad o los méritos del individuo ni con el comportamiento concreto de la persona individual»¹³. Lo que determina la existencia de un grupo es la presencia de factores espontáneos, difícilmente alterables, que, por regla general, son independientes de la voluntad del individuo y no pueden, en la mayor parte de los casos, ser voluntariamente eliminados. Tales factores no son, en sí, ni ofensivos, ni moralmente negativos; ellos no desempeñan papel alguno en la gestación de actitudes frente al grupo. Son factores espontáneos; no son artificiales ni son planeados, y los miembros del grupo no tienen control alguno sobre ellos.

Los miembros individuales de tales grupos están ligados entre sí —para usar las palabras de un autor que se ocupó del tema— «para bien o para mal», hasta el punto de que «sólo en

12. Véase, por ejemplo, la opinión de Rita E. HAUSER, en «International Protection of Minorities and the Right of Self-Determination», *Israel Yearbook on Human Rights*, 1, p. 101.

13. Doc. de las Naciones Unidas E/CN.4/52, pp. 10-11; también E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, p. 7 y E/CN.4/Sub.2/85, p. 4.



forma muy artificial es posible separar sus destinos»¹⁴. Es la pertenencia al grupo, el hecho de ser negro, judío, asiático, copto, sikh, cristiano, o bahai, lo que pone en peligro al individuo. «Es la pertenencia a una comunidad religiosa o a un grupo étnico lo que constituye la fuente principal a la vez de la inseguridad y de la protección»¹⁵.

Glaser y Possony, autores de un libro sobre el estado de los derechos humanos¹⁶, atribuyen a esos grupos la denominación de *grupos totales*, «en razón de que sus doctrinas o esencias tienden a definir, conformar, y limitar las personalidades de sus miembros». Tal cosa no sucede con otros agregados de personas, a los que esos autores llaman *grupos funcionales*, cuya condición está determinada por un aspecto particular y limitado de la vida, tales como la ocupación, la educación, el estado de la salud, algún interés social o político, aspecto «que puede conformar intereses pero no ejerce el control de la personalidad ni la define». Esta clasificación corresponde, desde luego, en términos generales, a la distinción que los sociólogos hacen entre comunidades y sociedades. Un pueblo, una tribu, un grupo religioso, una nación, son comunidades, «grupos totales»; un partido político, una asociación filantrópica, el Estado, son sociedades, o «grupos funcionales».

Si lo que caracteriza la noción de *grupo* como la usamos aquí son la permanencia y la espontaneidad, surge la pregunta de si los grupos basados en la religión —que muy frecuentemente necesitan protección— se ajustan estrictamente a esta definición. Después de todo, una persona puede cambiar de religión por un mero acto voluntario, cosa que no ocurre con la raza —signifique este término lo que signifique— ni el color ni, relativamente, la cultura. Sin embargo, fundamentalmente, la religión es también el resultado de factores culturales, sociales e históricos profundamente arraigados, que determinan la pertenencia de una persona a un grupo religioso específico, si bien es cierto que deben exceptuarse de tal regla a los individuos que optan por excluirse del grupo o cambiar de religión. Además, en la medida en que la religión está basada en convicciones o creencias, ella llega a

14. J. J. LADOR LEDERER, *International Group Protection*, Leyden, 1968, p. 15.

15. *Ibid.*, p. 17.

16. Kurt GLASER y Stefan T. POSSONY, *Victims of Politics — The State of Human Rights*, Nueva York, 1979, p. 49.



transformarse en un elemento espontáneo más allá de la voluntad del individuo ¹⁷.

Enfocado el problema desde este ángulo, es obvio que la lista de grupos a ser considerados no es demasiado extensa. Los instrumentos que se ocupan de la discriminación contra grupos enumeran una lista más bien larga de motivos: raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de otro tipo, origen nacional, descenso, origen étnico, origen social, propiedad, fortuna o condición económica, nacimiento, «pertenencia a una minoría nacional», «pertenencia tribal», casta, y términos similares. A los fines de este trabajo, y habiendo definido *grupo* como lo hemos hecho, sólo consideraremos tres categorías mayores y comprensivas:

a) Grupos raciales o étnicos, incluyendo a grupos basados en el color de la piel, descendencia, origen étnico o nacional (la palabra «nacional» usada en un sentido sociológico y no legal) ¹⁸.

b) Grupos religiosos, que pueden ser difíciles de determinar en aquellos casos en que el grupo en cuestión no es una de las grandes religiones históricas, bien establecidas y conocidas, y

c) Grupos lingüísticos o culturales.

A los efectos de este estudio, las mujeres no son consideradas un *grupo*, aunque es bien sabido que el sexo, el hecho de ser mujer, es todavía muy frecuentemente un motivo de discriminación, y la lucha por los derechos de la mujer está lejos de haber terminado en una victoria. Con todo, las categorías de «hombre» y «mujer» no son coincidentes con la noción de «grupo» así como está empleada aquí —relacionada con la idea de minoría, aunque ambas nociones no son equivalentes. En cierta

17. BOSSUYT, *op. cit.*, p. 65, adopta un punto de vista opuesto a este enfoque.

18. El análisis de las diferencias entre las nociones de grupos «raciales» y «étnicos» no corresponde al marco de este trabajo. El término «étnico» (o «etnicidad») es frecuentemente utilizado en un sentido más amplio que el de «raza» o «grupo racial». B. BERRY (*Race and Ethnic Relations*, Boston, 1965, pp. 46-47) define grupo étnico como «un grupo humano ligado por lazos de homogeneidad cultural», con «conciencia de afinidad, un sentimiento 'nosotros'». Wsevolod W. ISAJIW («Definitions of Ethnicity», en *Ethnicity*, N.º 1, 1974, p. 117), analizando una variedad de definiciones de la noción de «grupo étnico», enumera, entre los componentes más frecuentemente mencionados de esa noción, factores tales como la descendencia, la cultura, la religión, la raza, y el lenguaje.



medida, los derechos de algunas categorías de personas tales como sordo-mudos, inválidos, tienen alguna relación con el tema de los derechos del grupo. Pero en todos estos casos son problemas especiales los que están envueltos y su consideración en estas páginas nos alejaría de los principios generales a que quisiera circunscribirme.

Otros grupos que escapan al marco de este trabajo son los basados en la nacionalidad, el origen social, el nacimiento, la situación económica. Cuando el término «nacionalidad» es usado en un sentido técnico-legal, como equivalente al de ciudadanía, la discriminación entre nacionales y no nacionales no es, por supuesto, ilegítima. Cuando se lo emplea en un sentido sociológico, como, por ejemplo, en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o en el artículo 1.1 de la Convención sobre Discriminación Racial, corresponde en realidad a la noción de grupo racial. En cuanto a los otros elementos mencionados, ellos son por naturaleza distintos de los que definen a un grupo en los términos técnicos que hemos descrito.

Será útil agregar algunas observaciones sobre las diferencias entre «grupo» y «minoría». Este último término suele ser utilizado en un contexto específico. En algunos casos, en los Estados Unidos particularmente, «minoría» significa lo que algunos autores llaman *hiphenated groups*, por ejemplo ítalo-americanos, hispano-americanos, afro-americanos, etc.¹⁹. Cuando el término «minoría» es usado en su acepción legal, relacionada con los tratados sobre minorías de después de la Segunda Guerra Mundial, el énfasis implícito es sobre la idea de no-discriminación más la de tratamiento diferencial, a fin de preservar las características básicas del grupo²⁰. El uso del término *grupo* evita toda consideración de carácter cuantitativo. Grupos que no son minorías necesitan en ciertos casos la protección de la legislación sobre derechos humanos: *apartheid* es, por supuesto, un ejemplo típico de tal situación, en que el grupo discriminado no es una minoría sino la mayoría de la población.

Dejando de lado, pues, situaciones marginales y cuestiones semánticas, cuando nos referimos a los derechos del grupo en el campo de los derechos humanos estamos, en última instancia, ocupándonos de sólo tres categorías comprensivas: grupos raciales, religiosos y lingüísticos o culturales. Lo que determina su existencia es la presencia de factores espontáneos más allá de la

19. GLASER y POSSONY, *op. cit.*, p. 50.

20. Cfr. doc. de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, p. 2.



voluntad del individuo. De ahí que no haya contradicción alguna entre el goce de plena igualdad y el derecho a no ser discriminado, por un lado, y, por el otro, la preservación de la individualidad, la identidad y los valores del grupo. Es el grupo mismo el que habrá de decidir en qué medida prefiere preservar y desarrollar su propia personalidad colectiva o abandonarla, total o parcialmente, a fin de incorporarse, en una u otra medida, a la cultura dominante.

Una vez que el grupo puso de manifiesto su voluntad de aferrarse a su identidad cultural y seguir desarrollando su vida colectiva distintiva, deberá gozar de todas las posibilidades necesarias para su progreso y realización individuales y colectivas. El derecho a un pleno desarrollo, específicamente mencionado en recientes documentos sobre derechos humanos, implica el respeto por los valores de las civilizaciones y las culturas²¹. A este efecto, el Estado, la mayoría dentro del Estado, se abstendrá de poner en vigor medidas susceptibles de causar una forzada asimilación. De ser necesario, habrá que adoptar medidas especiales, involucrando lo que en inglés se denomina *affirmative action* —también llamado *discriminación favorable*, o *discriminación invertida*— a condición de que tales medidas no sean permanentes y no engendren a su vez nuevas situaciones discriminatorias²².

Esto implica la afirmación del derecho de todo grupo a ser diferente. El derecho a ser diferente es, precisamente, un derecho, no una obligación ni una fuente de discriminación. En ningún caso el reconocimiento de ese derecho puede proveer pretextos para el perjuicio racial, discriminación, forma alguna de segregación o *apartheid*, o cualquier clasificación jerarquizada de las naciones o de los pueblos²³.

21 Ver la Declaración sobre Raza y Prejuicio Racial adoptada por La Conferencia General de la UNESCO el 27 de noviembre de 1978, particularmente sus artículos 1, 3 y 5. Para un análisis de su texto, Natan LERNER, «New Concepts in the UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice», *Human Rights Quarterly*, 3, 1, febrero de 1981, pp. 48-61.

22. Ver artículos 1.4 y 2.2 de la Convención sobre Discriminación Racial (para su texto y análisis, Natan LERNER, *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, 1980, pp. 246-244), así como artículos 9.2 y 9.3 de la Declaración de la UNESCO.

23. Declaración de la UNESCO, artículo 1. Ver también Informe Explicativo sobre la Declaración (UNESCO doc. 20 C/18, Anexo). Este informe no fue formalmente adoptado por la Conferencia pero constituye un autorizado comentario sobre la Declaración.



UN CATÁLOGO DE LOS DERECHOS DEL GRUPO

Aquí parece necesario intentar describir cuáles son los derechos que es menester resguardar a fin de asegurar la existencia del grupo como tal y permitirle su desarrollo autónomo. El catálogo de los derechos *del grupo* no excluye, desde luego, la plena vigencia de los derechos humanos del individuo miembro del grupo. Viene a completar los derechos individuales y a garantizar la existencia y el funcionamiento del grupo como grupo. Naturalmente, existe un área dilatada en el que ambos tipos de derechos se superponen; lo claro es que no se excluyen.

Un catálogo como el mencionado no puede sino ser iniciado con la mención del más elemental de los derechos, el derecho sin el cual todos los demás no tienen sentido. Me refiero al derecho a la existencia física del grupo, en otros términos la necesidad de protegerlo contra el genocidio, el exterminio en masa efectuado con la intención de destruir el grupo. Así como todo derecho individual es precedido por el derecho a la vida, así los derechos del grupo comienzan con el derecho a la vida del grupo como grupo. Este es el propósito de la Convención de 1948 sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio²⁴, que define como un crimen ante el derecho internacional todo acto dirigido hacia la destrucción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.

Afirmado el derecho a la existencia física, un catálogo significativo de los derechos del grupo incluirá inmediatamente el derecho de preservar la identidad del grupo, reconocido hace medio siglo por la Corte Permanente de Justicia en su opinión, ya citada, sobre las escuelas minoritarias en Albania. El reconocimiento de este derecho permitirá al grupo preservar y desarrollar los elementos que expresan identidad, tales como símbolos religiosos o formas de culto, modos de comportamiento—forma de vestir, fiestas colectivas, manifestaciones folklóricas—y expresiones culturales, educativas o lingüísticas de todo tipo.

Del reconocimiento del derecho a la identidad del grupo fluye necesariamente la admisión de su igualdad ante la ley y de la necesidad de protegerlo contra toda forma de discriminación y contra la instigación a la discriminación. Escapa a los límites

24. Sobre esta Convención, cuya actualización está a estudio, ver Nehemiah ROBINSON, *The Genocide Convention*, Nueva York, 1960. Existe una traducción al español, por el autor de este trabajo, Buenos Aires, 1960.



de este trabajo analizar a fondo el concepto de discriminación, a cuyo efecto nos remitimos a las obras antes citadas²⁵. Con todo, una somera referencia al contenido de esa noción es indispensable para la comprensión de lo que entendemos por derechos del grupo. La definición adoptada por los instrumentos de las Naciones Unidas parece aceptable, aunque una discusión semántica de sus componentes sería legítima: discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en los respectivos motivos —raza, color, descendencia, origen nacional o étnico, religión o creencia, en resumen el pertenecer a un grupo— que tiene el propósito o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, el goce o el ejercicio, sobre un pie de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en los campos político, económico, social, cultural o cualquier otro campo de la vida pública²⁶. Más concisamente, Sorensen considera como discriminación «todo acto o conducta que niega a ciertos individuos un trato igual al de otros individuos por el hecho de pertenecer a grupos particulares de la sociedad»²⁷.

Estas definiciones indican que no estamos confrontando una noción abstracta. Discriminación se relaciona con la idea de igualdad y la de trato. Discriminar significa actuar o abstenerse de actuar, hacer o no hacer algo, con respecto a alguien. El acto o la omisión deben tener cierto propósito o cierto efecto, propósito o efecto que —cada uno de ellos separadamente— los tornan ilegales. Esto significa que actitudes puramente subjetivas, sentimientos, simpatías o antipatías, cuando no están involucrados derechos jurídicamente protegidos, no vienen al caso. También quedan fuera aquellos casos en que la discriminación es legítima, como, por ejemplo, las distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos. La llamada acción afirmativa o discriminación favorable está, como ya lo indicamos, permitida.

Toda otra forma de discriminación está prohibida. Algunos instrumentos internacionales recientes contienen detallados catálogos de los derechos con respecto a cuyo goce está prohibida toda discriminación. Muchos de esos derechos son típicos derechos grupales. Ya nos hemos referido a algunos de esos instrumentos, tales como la Declaración y la Convención de las Naciones Unidas contra la Discriminación Racial, la Declaración de la UNESCO sobre Raza y Prejuicio Racial y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Intolerancia Religiosa.

25. Ver nota 5.



Es importante mencionar que la discriminación está prohibida no sólo cuando el agente activo es el Estado, a sus diferentes niveles. Lo está también cuando los causantes son grupos u organizaciones o personas individuales, siempre, naturalmente, que el interés afectado esté legalmente protegido. Más aún, en casos de emergencia nacional, por ejemplo, actos que no serían ilegales en tiempos normales podrían caer bajo la prohibición de discriminar. Con todo, es imposible evitar una zona gris que involucra situaciones *de facto* que no siempre se pueden proteger claramente.

Por otro lado, en algunos casos cabe admitir excepciones a la norma de no-discriminación. Me refiero a situaciones como, por ejemplo, discriminación por motivos religiosos en materia de empleo. La afinidad grupal desempeña aquí un papel inevitable. Por ejemplo, una congregación religiosa que exige de un candidato a un empleo como maestro, administrador o bibliotecario que pertenezca a la misma comunidad no podría ser acusada de discriminación religiosa. Sí probablemente se podría hablar de discriminación si la exigencia es con respecto a un jardinero o electricista. ¿Cuál sería la situación de una secretaria? Sólo el sentido común puede ayudar a decidir cuándo existe la necesidad de afinidad y cuándo la preferencia o la exclusión son la consecuencia del prejuicio. No siempre será fácil llegar a una conclusión categórica.

Otra observación pertinente es que, si se quiere que la prohibición de la discriminación sea efectiva, debe concebírsela como una norma universal aplicable a *todo grupo* que responde a los requisitos que hemos enumerado antes. Lo que ocurre es que la discriminación contra los grupos no se debe siempre a un solo motivo, bien definido. A menudo se entrelazan distintos factores, objetivos y subjetivos. Algunos grupos no pueden ser ubicados en forma absoluta dentro de una determinada categoría. De ahí que no es importante decidir cómo ha de clasificarse a un grupo víctima de discriminación. No interesa tanto que el grupo sea descrito como un grupo racial, o religioso, o cultural, o como una mezcla de tales. Lo que sí importa es la relación de causa a efecto entre la pertenencia al grupo —cualquiera que sea la naturaleza del vínculo— y el acto o la omisión discriminatorios. Vale la pena mencionar a este efecto una interesante decisión de la Corte Suprema de Nueva Zelanda que rechazó una interpretación «estrictamente biológica» del término «raza», así como está empleado en la Ley de Relaciones Raciales de ese país de 1971. La Corte declaró que lo decisivo es



«la intensidad de los lazos ancestrales, los valores y creencias tradicionales y culturales»²⁸. Esta es la buena doctrina y a su luz deben interpretarse los instrumentos de organizaciones internacionales que tratan de discriminación.

No siempre es ésta la tendencia. Un organismo tan liberal como la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró en 1970, en el caso de los 26 Indios del Este de Africa, que un trato diferencial acordado por razones distintas que la raza, como por ejemplo el idioma, no implica el mismo tipo de «afrenta a la dignidad humana»²⁹. Esta parece ser una doctrina errónea. Lo es particularmente si el motivo en cuestión es la religión, un área tan tensamente cargada de emociones. ¿Por qué razón se ha de considerar que habría menos «afrenta a la dignidad humana» cuando la discriminación es el resultado de prejuicios religiosos y no de prejuicio basado en el color de la piel?

El modo correcto de encarar este problema parece ser el seguido por la ley francesa de 1972, adoptada a fin de poner en ejecución la Convención contra la Discriminación Racial. Esa ley prohíbe cualquier discriminación basada en el origen de una persona o en su pertenencia, o no pertenencia, a un determinado grupo étnico, nación, raza o religión³⁰. Este es el modo de evitar cualquier interpretación ambigua.

Otro componente importante del catálogo de los Derechos del grupo se relaciona con los alcances del principio de igualdad, punto que ya hemos tocado. La igualdad no puede quedar limitada a un principio teórico; es menester asegurar asimismo la igualdad *material*, práctica. A tal efecto, pueden ser necesarias las *medidas especiales* a que ya nos hemos referido y que están autorizadas tanto por la Convención sobre la Discriminación Racial como la Declaración de la UNESCO. Este no es el lugar para incursionar en el complejo e interesante tema de la

26. Ver artículo 1 de la Convención y contra la Discriminación Racial artículo II de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Basadas en la Religión o Creencia. Ha analizado esta última Declaración en dos artículos en los números 11 (1981) y 12 (1982) del *Israel Yearbook on Human Rights*.

27. M. SORENSEN, «The Quest for Equality», en *International Conciliation*, 507, 1956, p. 293.

28. Para una escueta cita del fallo, *Jewish Chronicle*, Londres, 10 de febrero de 1980.

29. *Rec. N.º 36*, pp. 92-122.

30. Artículos 187 (1) y 416 del Código Penal Francés, y agregados incorporados por el artículo 32 de la Ley n.º 77/74 de junio de 1977.



acción afirmativa, que en los últimos años ha concitado mucha atención judicial, particularmente en los Estados Unidos³¹. Sea cómo fuere, este tipo de medidas, a favor de mujeres, grupos en situación de desventaja de todo tipo, minorías, trabajadores migrantes y poblaciones indígenas, son hoy en general consideradas legítimas y son de gran importancia en materia de relaciones de grupo.

Un componente importante de los derechos del grupo se relaciona con la necesidad de permitir a los miembros del grupo, y al grupo como tal, el mantenimiento de relaciones adecuadas con grupos similares que residen fuera de las fronteras del Estado respectivo. La Declaración de las Naciones Unidas contra la Intolerancia Religiosa reconoce ese derecho, con respecto a los grupos religiosos³². Este derecho puede ser crucial en el caso de algunos grupos viviendo en condiciones especiales de aislamiento.

Como se ha dicho, el reconocimiento y puesta en vigor de los derechos no ha de ser a expensas de los derechos de los miembros individuales del grupo. El catálogo enunciado no es, por supuesto, exhaustivo. Los mencionados son, con todo, componentes esenciales de ese catálogo y su vigencia es indispensable para permitir el desarrollo satisfactorio del grupo.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL GRUPO

Un análisis y comentario detallados de los instrumentos internacionales existentes en materia de protección de grupos nos llevaría muy lejos. Nos limitaremos a una referencia escueta a los principales de entre ellos y a un resumen conciso de sus disposiciones.

La historia humana ha recorrido un largo trecho desde los días de las Capitulaciones y las cláusulas para la protección de minorías religiosas, la discreta intervención humanitaria y el sistema de los tratados de minorías, creativo pero no exitoso. Los horrores del régimen nazi, la campaña anticolonialista y la reacción contra las manifestaciones de racismo en varias partes del mundo en las décadas recientes, indujeron a la comunidad

31. Entre la abundante literatura sobre el particular, véase, recientemente, THE ROCKEFELLER FOUNDATION, *International Perspectives on Affirmative Action*, Nueva York, 1984.

32. Véase, artículo 6 de la Declaración.



internacional, después del establecimiento de las Naciones Unidas, a incorporar la cláusula sobre no-discriminación en todos los tratados y declaraciones sobre derechos humanos³³. Siendo ésta una solución insuficiente, la norma sobre no discriminación debe ser completada a) por instrumentos anti-discriminatorios específicos; b) por el reconocimiento expreso de los derechos del individuo emanados de su condición de miembro del grupo, y c) por el expreso reconocimiento de los derechos del grupo como tal. La Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y ambos Pactos, así como los respectivos instrumentos americano y europeo, serían seguidos por varias convenciones y declaraciones estableciendo normas y deberes concretamente enderezados a acordar protección contra la discriminación grupal y a afirmar los derechos del grupo.

Ya hemos mencionado la Convención sobre Genocidio de 1948. Uno se resiste a incluir este importante pacto entre aquellos que se proponen específicamente proteger a los grupos. La enormidad del crimen contra el cual está dirigida esa Convención la coloca, por cierto, en una categoría muy especial. Entre los instrumentos protectivos normales, por así decirlo, es menester considerar tres tipos de instrumentos:

- a) Declaraciones internacionales que proclaman los principios aceptados en la materia por la comunidad internacional;
- b) Tratados internacionales cuyo propósito es acordar protección comprehensiva contra la discriminación en todos los campos de la actividad humana;
- c) Tratados internacionales que acuerdan protección contra la discriminación en áreas específicas.

En cuanto a declaraciones, son tres las que han de ser mencionadas.

La Declaración de las Naciones Unidas de 1963 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ha quedado superada en importancia, desde luego, por la adopción y ratificación por dos tercios de los Estados miembros de las Na-

33. Para un panorama de las medidas nacionales e internacionales en este orden, ver HERNÁN SANTA CRUZ, *Racial Discrimination*, Naciones Unidas, 1976, p. 45 y sig. También, LERNER, obra citada en nota 22, p. 165 y sig.; también, MCKEAN, *op. cit.*



ciones Unidas— de la Convención sobre la misma materia³⁴. Con todo, es un importante instrumento declarativo, que lleva consigo el peso de las declaraciones internacionales adoptadas unánimemente o por gran mayoría, que traducen la medida en que los principios que proclaman han pasado a ser parte integrante del derecho internacional en materia de derechos humanos, llamados a ser respetados por la comunidad internacional.

Lo mismo cabe decir acerca de la Declaración de 1978 de la UNESCO sobre Raza y Prejuicio Racial, un documento comprehensivo basado en un enfoque multidisciplinario y que aspira a cubrir todos los aspectos de los problemas de la raza y el racismo³⁵. Su principal aporte consiste en la incorporación de algunos conceptos nuevos en estado de gestación y el énfasis que coloca sobre ciertos aspectos de la discriminación y el prejuicio, particularmente la necesidad de proteger la identidad y el pleno desarrollo de los grupos, la afirmación del derecho de ser diferente, la prohibición de la asimilación forzada y el reconocimiento de la legitimidad de la acción afirmativa o discriminación favorable. La Declaración fue adoptada simultáneamente con una resolución sobre su puesta en práctica, pero parece temprano pronunciarse acerca de la importancia efectiva de las medidas que requiere.

La Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Basadas en la Religión o Creencias fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1981. Proclama, en forma bastante detallada, un catálogo de derechos, libertades y principios relacionados con la religión y las creencias, incluyendo la prohibición de la coerción, la intolerancia y la discriminación³⁶. La Declaración constituye un importante progreso en la dilatada campaña para conseguir para los grupos religiosos por lo menos parte de la protección acordada a los grupos raciales y étnicos. Se la puede considerar un paso contra la discriminación en la protección de grupos discriminados, paso que viene a corregir un «doble standard» que existió hasta el presente.

Originada, junto con la Declaración y la Convención contra la

34. Para una comparación entre la Declaración y la Convención, ver mi trabajo mencionado en la nota anterior.

35. Ver nota 21.

36. He analizado su texto en los dos artículos mencionados en la nota 26. Véase también M. S. McDUGAL, H. D. LASSWELL, LUNG-CHU-CHEN, «Claims Relating to Freedom From Religious Discrimination», en *Human Rights and World Public Order*, 1980, pp. 653-689.



Discriminación Racial, en los incidentes antisemitas ocurridos en 1959 y 1960 —la así llamada «epidemia de la Swastika»— dos décadas transcurrieron hasta que el proyecto final llegó a la Asamblea General de las Naciones Unidas. La demora se debió al interés mayor de las naciones del Tercer Mundo en el documento en materia de racismo y a la resistencia de las naciones comunistas a ocuparse del tema de los derechos religiosos. Aunque el instrumento final no es del todo satisfactorio, el texto tiene muchos aspectos positivos, incorporando una mayoría de los principios contenidos en el estudio preparado en 1960 por Arcot Krishnaswami, a pedido de la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías³⁷.

La Declaración acuerda protección a personas religiosas y a no creyentes, agnósticos, etc., materia relacionada con la cuestión de libertad de conciencia y pensamiento así como con la de la protección de grupos contra toda discriminación resultante de las ideologías de ciertos Estados. Prohíbe coerción y enumera un catálogo detallado aunque no exhaustivo de derechos relacionados con la religión, algunos de los cuales son de indudable carácter colectivo. Entre ellos están la libertad de culto y de asamblea, el mantenimiento de lugares de culto e instituciones de tipo caritativo o humanitario, la confección o adquisición de artículos y materiales necesarios para el ejercicio de la religión, la publicación de materiales religiosos, el derecho de enseñar la respectiva religión o creencia, el de recibir contribuciones financieras, capacitar y nombrar funcionarios religiosos, observar días de descanso y celebrar las festividades y ceremonias relacionadas, y el derecho de establecer comunicaciones con comunidades e individuos en todo lo tocante a las cuestiones de religión o creencia, al nivel nacional o internacional. Desde luego, ninguna de esas libertades es absoluta: la Declaración permite a la ley establecer limitaciones en caso necesario a fin de proteger la seguridad pública, el orden público, la salud pública, la moral o los derechos y libertades fundamentales del prójimo. Por supuesto, toda discriminación por razones de religión o creencia, sea el agente activo el que fuera, queda prohibida.

El tratado internacional más importante en materia de discriminación y protección de grupos actualmente en vigor es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965 y

37. *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, doc. de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1.



en vigor desde 1969. Uno de los tratados más vastamente ratificados en materia de derechos humanos —más de dos tercios de los miembros de las Naciones Unidas— la Convención impone a los Estados Partes el deber de poner fin a la discriminación racial —el término *raza* empleado en un sentido lato— en todas sus formas y manifestaciones³⁸. La Convención no se aplica a las distinciones entre ciudadanos y no-ciudadanos y excluye del concepto de discriminación, como ya se ha indicado, las medidas consideradas como de acción afirmativa en favor de grupos en condiciones de desventaja.

La Convención menciona particularmente el *apartheid* como una forma de discriminación merecedora de condena y extirpación. No alude expresamente a otras manifestaciones igualmente espantosas de discriminación racial, y los intentos de mencionar específicamente al antisemitismo y al nazismo no dieron frutos. Con todo, no existe duda alguna de que la Convención debe ser interpretada como cubriendo toda forma de discriminación racial.

Los Estados Partes se obligan a declarar ilegales y a penar la discriminación racial y la instigación a la misma, así como la participación en organizaciones racistas. El respectivo artículo 4 engendró en su momento considerable controversia y algunos consideraron que su texto contradecía las libertades de expresión y asociación, siendo por tanto un obstáculo a una ratificación masiva.

La Convención enumera una larga y detallada aunque no exhaustiva lista de derechos en cuyo goce está prohibida la discriminación. Establece los necesarios remedios y medidas a ser adoptadas en las áreas de educación e información.

El sistema de puesta en práctica de la Convención es relativamente efectivo y se basa particularmente en informes periódicos a ser sometidos cada dos años por los Estados partes. El sistema funcionó razonablemente bien y uno de sus resultados es una impresionante masa de información en cuestiones de discriminación y protección grupal, en muchos Estados. Ha habido enmiendas de constituciones nacionales y muchos Estados Partes han emprendido la revisión de sus respectivas legislaciones

38. Ver mi libro mencionado en la nota 22 a los efectos de un análisis de la Convención artículo por artículo. Ver también mi artículo «Curbing Racial Discrimination — Fifteen Years CERD, en *Israel Yearbook on Human Rights* 13 (1983), pp. 170-188, en el que describo la labor del Comité a cargo de la puesta en práctica de la Convención.



a fin de modificar las leyes que chocan con la Convención, inclusive en materia penal. Son varios los tribunales nacionales que han aplicado disposiciones de la Convención.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (conocido por su sigla en inglés, CERD), mereció en general aplauso por su labor, al margen de algunas deficiencias aquí y allí y a pesar de haber tomado algunas decisiones cargadas de elementos políticos. En general, su comportamiento fue objetivo, serio y bien intencionado. El artículo 14 de la Convención, de carácter optativo, que reconoce la competencia del Comité para recibir quejas de individuos o grupos, entró en vigor muy recientemente y puede ser de gran utilidad para frenar abusos y reparar violaciones.

En la presente constelación internacional el impacto de esta Convención no puede menospreciarse. Los Estados se han mostrado sensibles a las críticas por parte del Comité y han hecho esfuerzos para ajustarse a las normas de la Convención. En su puesta en práctica, no se sintió mucho la politización que tan habitualmente desnaturaliza la acción de cuerpos de las Naciones Unidas. Las tendencias hacia una protección global de los derechos del grupo hallaron ciertamente estímulo en las disposiciones de la Convención y su aplicación.

Existen otros documentos internacionales que acuerdan protección contra la discriminación de grupos en terrenos específicos. Otros contienen disposiciones para la protección de grupos específicos en condiciones de desventaja. En este trabajo sólo podemos mencionar de paso instrumentos tan importantes como la Convención de la Organización Internacional del Trabajo de 1958 contra la Discriminación en materia de Empleo u Ocupación, la Convención de 1960 de la UNESCO contra Discriminación en la Educación, o la Convención Internacional de 1973 sobre la Eliminación y el Castigo del Crimen de Apartheid, una convención sumamente controvertida, ratificada por un número pequeño de Estados.

Provisiones antidiscriminatorias existen en los tratados sobre refugiados, apátridas, esclavitud, derecho humanitario, derechos sociales, derecho de familia y los derechos del niño, y convenios sobre cuestiones científicas y comerciales. La noción de los derechos del grupo no ha sido incorporada en tales instrumentos.

Organismos de las Naciones Unidas y otros se están ocupando en los últimos tiempos de diversas materias relacionadas con discriminación y protección grupal. El tema de las poblaciones indígenas está siendo examinado y se intenta llegar a una con-



vención normativa en la materia, que se relaciona por cierto estrechamente con el tema de minorías en general. Este último sigue siendo objeto de estudio y comentario, particularmente, como es lógico, a instancias de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías³⁹. Hay importantes trabajos y estudios sobre los trabajadores migrantes, millones de seres humanos cuya identidad cultural debe ser resguardada y protegida, a veces mediante medidas de discriminación favorable. La tendencia es hacia la preparación de una Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias⁴⁰.

La cuestión de los grupos lingüísticos y sus derechos no parece ser actualmente tan aguda como después de la Primera Guerra Mundial. Se trata, con todo, de una cuestión que no puede ser ignorada en numerosos países, de Europa y Africa especialmente⁴¹.

CONCLUSIONES

El precedente examen de la situación en materia de derechos de grupo en el marco de los derechos humanos de nuestro tiempo no permite concluir que tales grupos están adecuadamente protegidos contra la discriminación y que la comunidad internacional ha adquirido conciencia del catálogo de derechos a que son acreedores los grupos. Con todo, está claro que hubo progresos desde el momento en que se comprendió que un enfoque puramente individualista de la materia es insuficiente, en un mundo como el nuestro. Tales progresos han sido considerables con respecto a los grupos definidos por su raza y origen étnico, en el sentido lato del término. Fueron menos satisfactorios en lo concerniente a grupos religiosos y culturales. Es necesario conseguir más equilibrio entre ambos tipos de grupos.

Vivimos en un mundo y en una época complejos. Es un mundo preñado de situaciones explosivas. Muchas de ellas tienen

39. Ver, FRANCESCO CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Naciones Unidas, Ginebra, 1979, doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1.

40. Ver, entre otros, documentos de las Naciones Unidas A/36/383 y A/36/383.

41. Ver, MALA TABORY, «Language Rights as Human Rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, 10 (1980), p. 167 y sig.



su origen en las tentaciones entre grupos. La discriminación contra grupos —principalmente discriminación racial y religiosa— parece constituir un campo en el que cierta coincidencia entre el Este y el Oeste, el Norte y el Sur, parece posible. Es una tarea urgente, a ser emprendida por instituciones interesadas en derechos humanos, estudiosos, gobiernos, el tratar de actuar en favor de la aceptación de una norma mínima de conducta internacional que pueda limitar los peligros existentes en esta esfera y colocar una ración mínima de justicia básica a disposición de todo grupo afectado, sin excepciones.

Algunas metas pueden ser alcanzadas a plazo corto y sin mayor oposición. Entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

1) Ratificación por la mayor cantidad posible de países de las convenciones relevantes, especialmente la Convención contra la Discriminación Racial, de tanta significación práctica.

2) Mejoramiento de las medidas de puesta en práctica, sacando toda la ventaja posible de entes activos y constructivos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos, este último creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Ambos Comités merecen ser apoyados.

3) Adopción de una convención para la Eliminación de la Intolerancia Religiosa, un paso difícil pero indispensable si se quiere asegurar protección a toda clase de grupos .

4) Intensificación de los estudios y de la preparación de medidas legislativas en cuestiones especiales como trabajadores migrantes, poblaciones indígenas y minorías en general, con vistas a definir claramente la noción de grupos acreedores a protección.

El expuesto no es un programa muy ambicioso. Aunque se lo ejecute en su totalidad, el problema no habrá desaparecido. Pero todos sabemos que en materia de derechos humanos el progreso fue siempre una transacción entre lo deseable y lo posible.