

Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: para reparar las injusticias históricas y la discriminación

PASTOR ELÍAS MURILLO MARTÍNEZ*

La noción de medidas afirmativas se refiere al conjunto de acciones legislativas y administrativas de carácter temporal, coherentes con el propósito de remediar situaciones de desventaja o exclusión de un grupo humano, discriminado en algún aspecto de la vida social. Dada su temporalidad y su fin de alcanzar la igualdad efectiva de cierto grupo poblacional, su adopción se sujeta a criterios de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad. Las medidas afirmativas pueden ser un medio idóneo para lograr las reparaciones históricas a que aspiran las poblaciones afrodescendientes. Existen algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia alrededor del principio de igualdad y no discriminación en los que se encuentran buenos insumos para el impulso de estas medidas.

Palabras clave: afrodescendientes, medidas afirmativas, derecho a la igualdad, discriminación racial, reparaciones.

The notion of affirmative measures refers to the set of legislative and administrative actions which are of temporary character, consistent with the purpose of remedying disadvantage or exclusion of a group of people, discriminated in any aspect of social life. Given its timing and its aim of achieving real equality of certain population groups, their adoption is subject to

* Experto Independiente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –CERD–, de las Naciones Unidas. Autor e impulsor de la iniciativa que derivó en la Resolución 64-169 por la cual la Organización de las Naciones Unidas proclamó el 2011 como el Año Internacional de las Personas de Ascendencia Africana. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, Especializado en Derecho Ambiental de la Universidad INCA de Bogotá, Diplomado en Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo. Ex Director de Asuntos para las Comunidades Negras, del Ministerio de Gobierno - Interior y de Justicia de Colombia, Ex Asesor de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. pastormurillo71@hotmail.com

Recibido 9-11-2009 – Aprobado 9-04-2010

criteria of legitimacy, reasonableness and proportionality. The affirmative measures are considered as useful, *inter alia*, because they serve to compensate and repair the historic injustice and racial discrimination, contribute to the diversity and proportional representation of social groups, prevent social unrest and redistribute opportunities. There are some jurisprudential precedents in the Constitutional Court of Colombia around the principle of equality and nondiscrimination where good inputs are found to promote these measures.

INTRODUCCIÓN

En el año 2000, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA– encomendó al Consejo Permanente estudiar la elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, decisión que ha sido refrendada en diferentes foros de la OEA.¹

En esa perspectiva, se integró un Grupo de Trabajo que formuló un Proyecto de Convención, entre cuyos temas controversiales se encuentra el relativo a las medidas de acción afirmativa. Con el objeto de profundizar el debate en torno al tema, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, a instancias de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, decidió organizar un taller de expertos sobre la temática afrodescendiente en las Américas, el cual tuvo lugar en Washington, D.C. el 22 de enero de 2010. El presente documento tiene por objeto aportar elementos a dicho debate.

Para ello se abordan algunos de los muchos interrogantes que despiertan las medidas de acción afirmativa o medidas especiales. Tales son:

¿Qué son las medidas de acción afirmativa? ¿Cuál es la base jurídica para la aplicación de las medidas de acción afirmativa o medidas especiales? ¿En qué circunstancias se considera legítima la adopción de medidas de acción afirmativa o medidas especiales y con respecto a qué grupos o sectores sociales? ¿Son las medidas de acción afirmativa, en particular las cuotas, violatorias del principio de igualdad? ¿Cuál es la práctica o la tendencia en América Latina, en materia de medidas de acción afirmativa o medidas especiales? ¿Qué medidas de acción afirmativa o medidas especiales podrían considerarse en el Proyecto de

¹ Informe anual del Consejo Permanente a la Asamblea General (AG/doc.4548/06 add. 6), así como las resoluciones AG/RES. 1712 (XXX-O/00), AG/RES. 1774 (XXXI-O/01), AG/RES. 1905 (XXXII-O/02), AG/RES. 1930 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2038 (XXXIV-O/04) y AG/RES. 2126 (XXXV-O/05), entre otros.

Convención Interamericana para la Eliminación del Racismo y toda forma de Discriminación, para el caso, con especial relevancia a la población afrodescendiente de las Américas?

Este documento tiene como propósito entregar insumos para la elaboración del Proyecto de Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. Para ello, inicialmente se aborda el concepto de medidas de acción afirmativa o medidas especiales; en un segundo término se presenta una síntesis de los debates en torno al concepto de medidas de acción afirmativa, destacando algunas de las opiniones a favor y en contra en torno a dichas medidas. En un tercer momento se examina la cuestión de las medidas de acción afirmativa o medidas especiales, a la luz de los desarrollos jurídicos doctrinarios y jurisprudenciales, en las esferas internacional y en ciertos países; en particular, se hará referencia a los desarrollos aportados por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –CERD (por su sigla en inglés)–, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de contra la Mujer –CEDAW (sigla en inglés)–, por el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, por la UNESCO y por la legislación sobre este asunto en la Unión Europea y en el Sistema Interamericano, así como en algunos países como el Reino Unido, Sudáfrica, Brasil, Colombia y Ecuador, entre otros.

En cuarto lugar, se abordan los argumentos relevantes para sostener la legitimidad de las medidas de acción afirmativa, o medidas especiales.

De igual manera, se pone de presente la situación de racismo y exclusión social en América, dada su relevancia al momento de examinar la legitimidad de las acciones en concreto. En quinto lugar se sugieren algunas medidas relevantes al Proyecto de Convención Americana contra el Racismo y toda forma de Discriminación, en particular, a la luz de las Recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal. Finalmente, se presentan algunas conclusiones generales.

Este texto tiene como fuentes principales el documento “El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa”, informe final presentado por el Relator Especial en este tema, Sr. Marc Bossuyt², y el texto

² De conformidad con la Resolución 1998/5 de la Subcomisión Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 53º período de sesiones. Tema 5 del programa provisional. Prevención de la Discriminación.

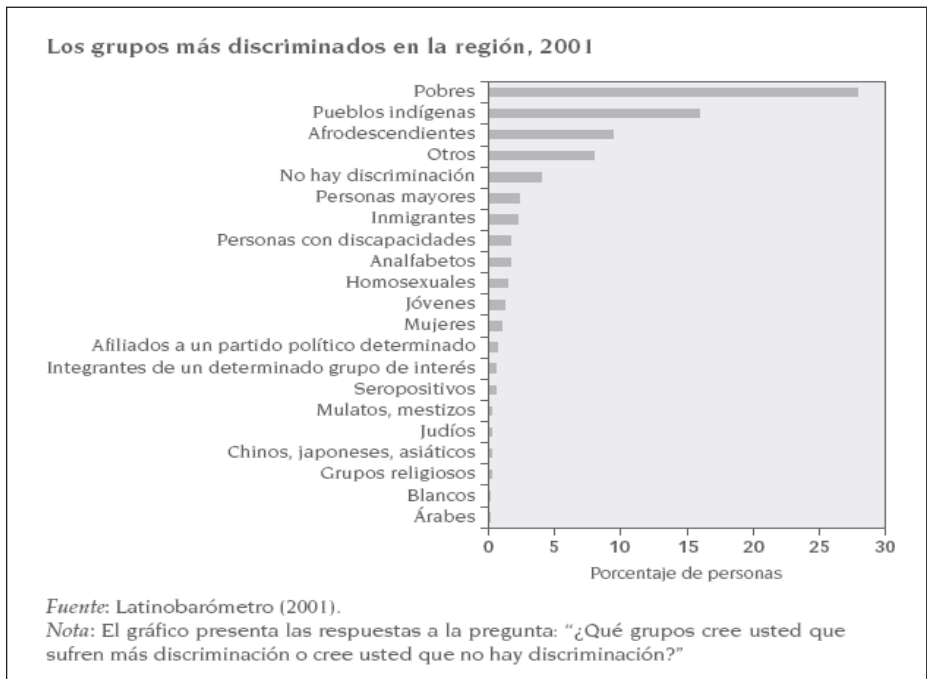
“Medidas de Acción Afirmativa”, elaborado por la Comisión Internacional de Justicia. El análisis que aquí se hace está destinado de manera especial a la población afrodescendiente en América Latina y, muy en particular, asume la perspectiva de valorar los esfuerzos que se adelantan en procura de combatir el racismo que los afecta.

En efecto, entre los principales logros de la Tercera Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y demás formas conexas de Intolerancia, realizada en Durban, Sudáfrica, en el año 2001, y sus Conferencias Preparatorias, en particular la Conferencia Regional de las Américas, se encuentra el surgimiento de nuevos sujetos del derecho internacional, entre ellos, los afrodescendientes. En Durban, el concepto de afrodescendientes adquirió alcance universal y fue adoptado para denominar a los millones de personas de la diáspora africana, en especial la que surgió de los descendientes de la trata transatlántica.³

Tras reconocer la existencia de un estrecho *vínculo entre pobreza y pertenencia étnico-racial* que hace de la población afrodescendiente uno de los sectores sociales más excluidos, los gobiernos y las organizaciones internacionales han redoblado sus esfuerzos orientados a lograr la inclusión de dicha población, que tan solo en América Latina se estima supera los 150 millones de personas, que, sin embargo, figuran entre las principales víctimas del racismo, tal como se observa en la gráfica de la página siguiente.

Entre los esfuerzos más destacados para combatir las consecuencias del racismo y la discriminación, se encuentran las medidas de acción afirmativa, o medidas especiales, cuyo análisis se aborda a continuación.

³ Afrodescendiente: este concepto agrupa la comunidad humana en su conjunto, en tanto científicamente se reconoce que esta desciende de África. No obstante, y como categoría jurídico-política, la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y demás Formas Conexas de Intolerancia, adoptó este término para referirse a la diáspora africana. Por afrodescendientes se denota a todos los grupos identificados como negros, mulatos, morenos, zambos, trigüeños, niches, prietos, entre otros; algunos hacen parte de los eufemismos recreados en contextos de racismo. Como categoría jurídica, el concepto afrodescendiente da estatus de sujeto de derechos internacionales. “Afrocolombia”. 2009. República de Colombia. Ministerio del Interior y de Justicia.



LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA O MEDIDAS ESPECIALES

a) Concepto

El concepto de medidas de acción afirmativa hace referencia a las “*políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan⁴, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación*” (Greenwalt, 1983). No obstante su aparente legitimidad, la doctrina y la jurisprudencia no han sido pacíficas, ni siquiera en el momento de definir las, y con frecuencia el tema suscita arduos debates. En parte, la controversia deriva del uso de la expresión “discriminación positiva” y la percepción generalizada de que se trata de una “discriminación a la inversa”, lo cual, hay que señalarlo de plano, es erróneo.

De acuerdo con la doctrina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, (en adelante el CERD o el Comité), “el término

⁴ Alfonso Ruiz, Miguel (1994: 77-93), “Discriminación inversa e igualdad”, en Amelia Varcárcel (compiladora), *El concepto de igualdad*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.

discriminación positiva es contradictorio en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos, y debe evitarse” (CERD, 2009).

En la misma dirección se expresó el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Sr. Marc Bossuyt, al señalar que:

Acción afirmativa es un término de uso frecuente, pero desgraciadamente no siempre tiene el mismo significado. Aunque para algunos el concepto también encierra la discriminación positiva, es de suma importancia recalcar que este término no tiene sentido.

De acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra discriminación exclusivamente para designar distinciones arbitrarias, injustas o ilegítimas, el término “discriminación positiva” es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse discriminación, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse positiva. En cambio, el término acción positiva es equivalente a acción afirmativa. El primero es de uso más frecuente en el Reino Unido. En muchos otros países, se conoce con el nombre de políticas de preferencia, reservas, justicia compensatoria o distributiva, trato de favor, etc. Como concepto jurídico, la acción afirmativa tiene su lugar en el derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general... *La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva* (Bossuyt, 1998: 2. Resaltado fuera de texto).

Como se observará más adelante, los cupos y las cuotas son las modalidades de acción afirmativa que suscitan mayor controversia.

b) Opiniones a favor y en contra de las medidas de acción afirmativa

Una síntesis detallada de las opiniones a favor y en contra de las medidas de acción afirmativa, en particular aquellas que revisten la modalidad de cupos o de cuotas, se encuentra en la Sentencia C-371 de 2000, de la Corte Constitucional de Colombia, mediante la cual declaró exequible la Ley de Cuotas para la Mujer, tal como se observa a continuación.

Opiniones en contra. De acuerdo con la citada Sentencia C-371, para los críticos de las medidas de acción afirmativa, en especial las cuotas, estas tienen las siguientes características principales:

- *Violan el derecho a la igualdad, en la medida en que ubican a sus destinatarios en circunstancia de inferioridad con respecto a las demás personas;*

- *Las cuotas terminan por discriminar, pues sugieren que sus destinatarios son inferiores o discapacitados, porque por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad;*
- *Promueven un mensaje de asistencialismo;*
- *Contribuyen a perpetuar estereotipos de invalidez, discriminación y debilidad;*
- *Desde el punto de vista económico, para determinar la participación de un grupo en el mercado laboral es necesario basarse en criterios tales como la preparación de los miembros de ese grupo, su disposición al trabajo, sus méritos laborales o su experiencia;*

y

- *f) Las cuotas imponen una carga injustificable sobre las personas que no se benefician;*

Opiniones a favor. En contraste con las posiciones anteriores, para los defensores de las medidas de acción afirmativa o medidas especiales, entre las ventajas que estas ofrecen se destacan las siguientes:

- *Contribuyen a garantizar una igualdad real y efectiva, de manera que las situaciones de desventaja o marginalización en las que se encuentran ciertas personas o grupos puedan ser corregidas;*
- *Sus destinatarios son grupos sociales discriminados que suelen enfrentar más dificultades, carecen de apoyo y de recursos financieros para participar en los espacios de toma de decisiones o tienen que enfrentar varios obstáculos para participar en la vida pública, originados, principalmente, en prejuicios y estereotipos culturales que les asignan roles;*
- *Las cuotas de participación aseguran la presencia de las “minorías” en la vida pública y actúan como dinamizadores de las aspiraciones de los individuos que a ellas pertenecen. Por una parte, refuerzan la imagen social de ese grupo al asegurarle una representación permanente y, por otra parte, neutralizan los prejuicios y las resistencias que se oponen a que los miembros de ese grupo, ya sea mayoritario o minoritario, lleguen a determinados niveles de presencia política;*
- *Las cuotas son un medio adecuado para promover la equidad no solo porque permiten garantizar la participación de sectores excluidos de los niveles de decisión sino porque,*

además, lo hacen sin perjudicar a la administración pública, ya que no les da a sus destinatarios un trato preferencial permitiéndoles ejercer un cargo para el cual no cuentan con los méritos suficientes (Sentencia C-371 de 2000).

En todo caso –destaca la Corte Constitucional– la persona elegida para un cargo debe cumplir con los méritos necesarios para llenar ese cargo; las cuotas son, así, un mecanismo dirigido a corregir las prácticas sociales que generan condiciones de inequidad y no una medida de paternalismo estatal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA O MEDIDAS ESPECIALES

El fundamento jurídico de las medidas de acción afirmativa o medidas especiales descansa en varios tratados internacionales de derechos humanos, en particular, en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros instrumentos relevantes. De igual manera, existe una importante legislación adoptada por la Unión Europea. Así mismo, en todas las regiones del mundo existen países que cuentan con legislación de rango constitucional y legal relativa a dichas medidas.

De igual manera, la importancia de las medidas de acción afirmativa, como mecanismo idóneo para combatir las desigualdades, originadas, derivadas o asociadas al racismo y la discriminación, fue reconocida de manera universal en la Conferencia de Durban y sus Conferencias Preparatorias.

Dado el carácter controversial que, en la teoría y en la práctica, suscitan las medidas de acción afirmativa, se ha desarrollado una abundante doctrina y jurisprudencia en torno a las mismas. A continuación se destacan algunas de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales relevantes e interpretaciones de los organismos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, para luego hacer una breve referencia a los desarrollos que se han dado en algunos sistemas jurídicos.

a) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)

Su doctrina más reciente quedó plasmada en la Recomendación General No. 32 sobre Medidas Especiales, adoptada en su 75º período de sesiones, de agosto de 2009, en la que se compendian todas las

recomendaciones anteriores sobre la materia. La citada Recomendación fue emitida con el objetivo de proporcionar, a la luz de la experiencia del Comité, una orientación interpretativa y práctica sobre el significado de las medidas especiales adoptadas con arreglo a la Convención, para ayudar a los Estados parte a cumplir sus obligaciones previstas en la Convención, incluidas las de preparación de informes.

A los efectos del presente documento, conviene destacar que de acuerdo con la doctrina del CERD, ratificada en la citada Recomendación, los términos de la Convención ‘medidas especiales’ y ‘medidas especiales y concretas’, pueden considerarse como el equivalente funcional de ‘acciones afirmativas’, ‘medidas afirmativas’ y ‘acciones positivas’. No obstante, señala el CERD, las medidas especiales a que se refieren el párrafo 4 del artículo 1º y el párrafo 2 del artículo 2º tienen un significado autónomo que debe interpretarse en función del texto de la Convención y que puede diferenciarse del uso que se hace en determinados Estados parte.

En su Recomendación General, el CERD reiteró que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 1º de la Convención, las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

También puso de presente el citado Comité que el párrafo 2 del artículo 2º prevé que los Estados parte 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. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Para el CERD, el concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir las obligaciones previstas en la Convención deben completarse, cuando las circunstancias lo aconsejen, con la adopción de medidas

especiales temporales destinadas a garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos. Las medidas especiales forman parte del conjunto de disposiciones de la Convención encaminadas a eliminar la discriminación racial.

Con cierta frecuencia suelen confundirse las medidas de acción afirmativa con los derechos fundamentales de los grupos tradicionalmente discriminados. A ese respecto, de acuerdo con la doctrina del CERD, la obligación de tomar medidas especiales es distinta de la obligación positiva general de los Estados parte en la Convención de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de manera no discriminatoria para las personas y los grupos sometidos a su jurisdicción; esta es una obligación general que se desprende de las disposiciones de la Convención considerada en su integridad y pertenece a todas ellas. Coincidente con la doctrina y la jurisprudencia internacional, el CERD destaca el carácter temporal de las medidas especiales, y pone de presente que ello conlleva la necesidad de un sistema continuo de seguimiento de la aplicación y los resultados, que utilice métodos de evaluación cuantitativa o cualitativa, según proceda. En esa perspectiva, el Comité le indica a los Estados parte que en sus informes periódicos deben proporcionar la información que proceda sobre los siguientes ámbitos:

- La terminología aplicada a las medidas especiales tal y como se entiende en la Convención.
- Las justificaciones de la adopción de medidas especiales, con inclusión de datos pertinentes, estadísticos y de otro tipo, sobre la situación general de los beneficiarios.
- Breve descripción del modo en que se produjeron las disparidades que deben remediarse, y los resultados que cabe esperar de la aplicación de las medidas.
- Los beneficiarios de las medidas de acción afirmativa.
- La serie de consultas celebradas con miras a la adopción de las medidas, incluidas las celebradas con los beneficiarios y la sociedad civil en general.
- La naturaleza de las medidas y la manera en que promueven el progreso, el desarrollo y la protección de los grupos y los individuos a quienes se aplican.
- Las esferas de acción o los sectores en que se han adoptado las medidas especiales, y las instituciones que se encargan de aplicar las medidas.
- Los mecanismos existentes para el seguimiento y evaluación de las medidas, y las razones de que estos mecanismos se

consideren adecuados; así mismo, la participación de los beneficiarios en las instituciones que aplican las medidas.

- Los resultados provisionales o no de su aplicación, planes de adopción de nuevas medidas y su justificación e información sobre los motivos por los cuales no se han adoptado las medidas, teniendo en cuenta las situaciones que parecían justificar su adopción.

b) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Uno de los órganos del Tratado de los Derechos Humanos que más se ha ocupado de la cuestión de las medidas de acción afirmativa es el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. La doctrina de dicho órgano se desprende de la interpretación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en particular del artículo 4º, el cual prevé:

1. La adopción por los Estados parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.
2. La adopción por los Estados parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

A este respecto, conviene señalar que los amplios desarrollos legislativos y jurisprudenciales en los diferentes sistemas jurídicos muestran con elocuencia la amplia aceptación que tienen las medidas de acción afirmativa como mecanismo idóneo y legítimo para superar las profundas disparidades de las mujeres con respecto a los hombres, en particular, en materia de empleo y representación política.

Sin embargo, no se trata de dádivas otorgadas a las mujeres. Estos avances son el resultado de un proceso sostenido y creciente que ha permitido que la mujer haya avanzado en el agotamiento de la etapa de reconocimiento de su diversidad y de las diferencias con respecto al hombre.

En lo que respecta a la población afrodescendiente, en particular de América Latina, no obstante los importantes avances derivados del

surgimiento del Movimiento Social Afrodescendiente –con sus redes y articulaciones–, los importantes desarrollos legislativos y la incorporación progresiva de la variable afrodescendiente en las estadísticas oficiales y entre los indicadores sociales de las organizaciones multilaterales, intergubernamentales y no gubernamentales, el agotamiento de la etapa de reconocimiento constituye un reto aún vigente, que conspira en contra de la legitimidad de las medidas de acción afirmativa otorgadas u otorgables en su beneficio.

c) Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Un estudio sobre medidas de acción afirmativa realizado por la Comisión Internacional de Justicia muestra de manera detallada la amplia doctrina que en materia de medidas de acción afirmativa ha desarrollado el Comité de Derechos Humanos, órgano responsable de la vigilancia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Si bien dicho instrumento no cuenta con una disposición específica sobre la materia, al igual que los demás órganos del tratado, la búsqueda del ideal de igualdad y no discriminación lo ha impulsado a pronunciarse en diversas oportunidades.

Para los efectos del presente documento, basta con destacar la Observación General No. 18. En dicha Observación, el Comité del Pacto señaló que

el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden consistir en otorgar durante un tiempo al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas constituyen una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2000: párr. 10)

d) Organización Internacional del Trabajo (OIT)

A la luz de Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, dichas medidas están expresamente autorizadas en su artículo 5, como “medidas especiales de protección o asistencia”. En 1975, la OIT aprobó la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, en cuyo artículo 2º, párrafo 2, se establece que no se considerará como discriminatorio un

trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos.

A la par que la educación, el empleo es uno de los mecanismos más idóneos para combatir la transmisión intergeneracional de la pobreza. Ello explica el peso tan importante que tiene el empleo en cualquier política de inclusión social.

En el caso de las mujeres, está probado que el acceso a una educación competitiva no es suficiente para que puedan acceder al empleo en igualdad de oportunidades con respecto a los hombres, ni devengar un salario justo. En Colombia, por ejemplo, no obstante los importantes avances y la adopción de una Ley de Cuotas que ya va a completar dos décadas de aplicación, las mujeres aún perciben un salario un veinticinco por ciento (25%) inferior al del hombre, a pesar de tener la misma preparación y estar desempeñando las mismas labores.

En lo que concierne a la población afrodescendiente, si bien las circunstancias fácticas son diferentes, el peso de la discriminación histórica, a la par que en la falta de una educación competitiva, tiene en la cuestión del empleo uno de los ámbitos donde con mayor urgencia se requiere la adopción de medidas de acción afirmativa.

e) UNESCO

La Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 1978 prevé, en el párrafo 2 del artículo 9, que deben tomarse medidas especiales a fin de garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos donde quiera que ello sea necesario, evitando dar a esas medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial.

f) Unión Europea

La Unión Europea cuenta con importantes desarrollos en esta materia. Para lo que nos ocupa, basta con destacar la Directiva relativa a la Aplicación del Principio de Igualdad de Trato de las Personas Independientemente de su Origen Racial o Étnico, que en su artículo 5 señala: “Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas, para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico”, y la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad.

De igual manera, de acuerdo con un estudio de la Comisión Internacional de Justicia (2000), durante los años noventa, el Tribunal

de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado una jurisprudencia en materia de acción positiva que establece el marco en el cual una preferencia por determinados candidatos para el empleo no infringe la prohibición de discriminación. Según dicho estudio, tales sentencias del Tribunal, así como otros fallos subsiguientes en la materia, han establecido el siguiente marco en el cual se pueden adoptar medidas positivas:

- Debe existir una situación de desventaja real o de subrepresentación que la medida busca remediar.
- Las dos personas deben poseer el mismo nivel de capacitación.
- La medida no puede ser absoluta, sino que debe tomar en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos y,
- La medida debe ser descontinuada cuando se acabe la situación fáctica de discriminación.

Para la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) estos criterios pueden ser trasladados a las cuestiones de discriminación positiva en materia de criterios raciales o étnicos, en particular en el marco del artículo 5 de la Directiva relativa a la discriminación racial, así como todos otros motivos de diferenciación. Sin embargo, indica el estudio de la CIJ, que la Directiva solo permite, sin imponer obligación alguna, la adopción de medidas de discriminación positiva.

En el ámbito europeo, también se destaca el Reino Unido, que cuenta con legislación relevante y una abundante jurisprudencia, con la cual conmina a las autoridades a "... considerar las implicaciones raciales de *todos* sus actos...". La obligación requiere que las autoridades adopten medidas activas para: "1) Eliminar la discriminación racial ilícita, 2) promover la igualdad de oportunidades entre personas de diferentes grupos étnicos y 3) promover las buenas relaciones entre personas de diferentes grupos étnicos" (CIJ, 2000).

g) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los principales análisis que sobre las medidas de acción afirmativa se han realizado en el ámbito del Sistema Interamericano tienen que ver con la aplicación de dicho mecanismo a favor de la mujer. Así, por ejemplo, un estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CIM), señala que:

Para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situacio-

nes suficientemente análogas o comparables. Sin embargo, como ha señalado la Corte Interamericana, las diferencias en el trato en circunstancias que son, por lo demás, similares no son necesariamente discriminatorias. Una distinción basada en “criterios razonables y objetivos” puede servir un interés legítimo del Estado de conformidad con los términos del artículo 24. Puede, de hecho, ser necesaria para que se haga justicia o para proteger a las personas que requieren de la aplicación de medidas especiales. “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia (...) Una distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) tiene un objetivo legítimo y (2) emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue”. En otras palabras, se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

En el ámbito latinoamericano, vale la pena destacar los importantes avances que se han registrado en Brasil, Colombia y, más recientemente, las decisiones administrativas adoptadas en Ecuador, cuyos resultados positivos se espera se materialicen muy pronto. Sin embargo, en muchos países latinoamericanos, hoy son frecuentes las normas que otorgan derechos especiales a favor de la mujer, en particular, mediante la modalidad de cuotas que promueven la equidad de género en el ejercicio de la administración pública y la participación política.

En lo que concierne a Brasil y Colombia, los logros más evidentes se observan en la implementación de medidas de acción afirmativa que favorecen el acceso de los afrodescendientes a la educación superior. Un ejemplo paradigmático en Colombia lo constituye el establecimiento de Circunscripciones Especiales en el Congreso de la República, a favor de las poblaciones indígenas, las cuales gozan de dos (2) escaños en el Senado y uno (1) en la Cámara de Representantes, y de las comunidades negras o afrodescendientes, que cuentan con dos (2) escaños en la Cámara baja.

En el caso de Ecuador, se destaca la expedición del Decreto No. 60 de septiembre de 2009, que prevé el acceso al empleo público de afrodescendientes, indígenas y otros sectores discriminados, en un porcentaje igual al de la población que se autorreconoció como tal en el último censo nacional de población.

h) Declaración y Plan de Acción de Durban

Si bien, en principio, las Declaraciones adoptadas por organismos multilaterales como las Naciones Unidas no tienen un efecto vinculante, los especialistas en derecho internacional reconocen el potencial jurídico

de las mismas, derivado de la fuerza de la costumbre. Así, por ejemplo, hoy nadie discute el carácter vinculante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el caso que nos ocupa, la Declaración y el Plan de Acción adoptados en Durban constituyen la manifestación más elocuente de condena universal contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y demás formas conexas de intolerancia; de allí su especial relevancia en el momento de abordar las medidas de acción afirmativa para los afrodescendientes.

En efecto, en la Declaración de Durban se reconoció que la esclavitud y la trata transatlántica son crímenes de lesa humanidad, y, a su vez, son una de las principales fuentes y manifestaciones de racismo; se destacó el valor y la diversidad del patrimonio cultural de los africanos y los afrodescendientes y la necesidad de asegurar su completa integración en la vida social, económica y política; se puso de presente que en muchas partes del mundo los africanos y los afrodescendientes tienen que hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas.

De igual manera, se reconocieron las consecuencias de las formas pasadas y contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas como graves desafíos a la paz y la seguridad mundiales, la dignidad humana y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de muchas personas en el mundo, en particular de los africanos, afrodescendientes, personas de origen asiático y pueblos indígenas. Para afrontar esta situación, se aprobó el Plan de Acción de Durban que introdujo los siguientes aspectos relevantes a las medidas de acción afirmativa a favor de la población afrodescendiente:

- Instó a los Estados a que faciliten la participación de los afrodescendientes en todos los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales de la sociedad y en el adelanto y el desarrollo económico de sus países, y a que promuevan el conocimiento y el respeto de su patrimonio y su cultura.
- Pidió a los Estados que, apoyados en su caso por la cooperación internacional, consideren favorablemente la posibilidad de concentrar nuevas inversiones en sistemas de atención sanitaria, educación, salud pública, electricidad, agua potable y control del medio ambiente, así como en otras *medidas de acción afirmativa* o positiva en las comunidades integradas principalmente por afrodescendientes.

- Pidió a las Naciones Unidas, a las instituciones financieras y de desarrollo internacionales y a otros mecanismos internacionales competentes que elaboren programas de fomento de la capacidad destinados a los africanos y a los afrodescendientes de las Américas y de todo el mundo.
- *Pidió a la Comisión de Derechos Humanos establecer un grupo de trabajo sobre afrodescendientes.*
- Exhortó a las instituciones financieras y de desarrollo y a los programas operacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que, de conformidad con sus presupuestos ordinarios y los procedimientos de sus órganos rectores: a) atribuyan especial prioridad y destinen suficientes recursos financieros, dentro de sus esferas de competencia y en sus presupuestos, a la mejora de la situación de los africanos y los afrodescendientes; b) elaboren programas destinados a los afrodescendientes por los que se inviertan recursos adicionales en sistemas de salud, educación, vivienda, electricidad, agua potable y medidas de control del medio ambiente, y que promuevan la igualdad de oportunidades en el empleo, *así como otras iniciativas de acción afirmativa o positiva.*
- Pidió a los Estados que refuercen las medidas y políticas públicas a favor de las mujeres y los jóvenes afrodescendientes.
- Instó a los Estados a que garanticen el acceso a la educación y promuevan el acceso a las nuevas tecnologías, a favor de los africanos y los afrodescendientes.
- Alentó a los Estados a que determinen los factores que impiden el igual acceso y la presencia equitativa de los afrodescendientes en todos los niveles del sector público, incluida la administración pública, y en particular la administración de justicia.
- Hizo un llamamiento a los Estados para que adopten medidas concretas que garanticen el acceso pleno y efectivo de todas las personas, en particular los afrodescendientes, al sistema judicial.
- Instó a los Estados a que, con arreglo a la normativa internacional de los derechos humanos y a sus respectivos ordenamientos jurídicos, resuelvan los problemas de la propiedad respecto de las tierras habitadas desde épocas ancestrales por afrodescendientes y promuevan la

utilización productiva de la tierra y el desarrollo integral de esas comunidades, respetando su cultura y sus modalidades particulares de toma de decisiones.

- Instó a los Estados a que reconozcan los problemas particularmente graves del prejuicio y la intolerancia religiosos con que tropiezan muchos afrodescendientes y a que apliquen políticas y medidas encaminadas a prevenir y eliminar toda discriminación basada en la religión y las creencias que, combinada con ciertas otras formas de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple.

ARGUMENTOS DE LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA: EL DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad, real o material, como piedra angular de todos los derechos humanos, es el eje sobre el cual descansan las medidas de acción afirmativa. Con frecuencia, cuando se aborda dicho principio, se invoca también el principio de no discriminación.

En opinión de Angelo Papacchini (1997), las demandas de los grupos marginados que exigen una atención especial por parte del Estado en respuesta a la carencia crónica de los medios de subsistencia, se sitúan todavía en el paradigma de la igualdad, puesto que lo que reclaman es que la desigualdad en cuanto a disponibilidad de bienes sea tenida en cuenta a la hora de distribuir la riqueza y asignar recursos. Tomar en serio las desigualdades significa, en este caso, luchar para que estas tiendan a desaparecer, gracias a una intervención del Estado centrada en la justicia social.

Según Papacchini, el problema de las desigualdades económicas y sociales constituye un reto para el ideal moderno de dignidad y obliga en algunos casos a violar el principio de la igualdad. Se trata, sin embargo –continúa el autor–, de una violación aparente, puesto que el objetivo de la “discriminación inversa” hacia los grupos marginados es reducir las desigualdades excesivas, que comprometen la valoración social y el auto respeto.

Los principios de igualdad y de no discriminación cuentan con amplio soporte en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En efecto, dichos principios,

(...) reconocidos en los artículos 3 (l) y 45 (a) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 9

de la Carta Democrática Interamericana, consagran el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción alguna por motivo de raza, color, nacionalidad, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición.⁵

Adicionalmente, los Órganos de Tratados de Derechos Humanos han desarrollado una amplia doctrina que informa sobre los alcances de dicho principio. A manera de ejemplo, vale la pena resaltar la Observación sobre el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituye una cláusula general de no discriminación. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Así que, ante una situación general de limitación en el disfrute de los derechos humanos de determinado grupo social respecto del resto de la población, el Estado puede otorgar con carácter temporal un trato preferencial a dicho grupo social para remediar las desventajas que lo afectan. Siempre que tales medidas sean necesarias para corregir la discriminación de hecho, no constituyen una diferenciación prohibida por el Pacto.

Un detallado análisis de los argumentos en que descansan las medidas de acción afirmativa se encuentra en el citado estudio titulado “El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa” de Marc Bossuyt (1998). Entre los argumentos más importantes que se señalan allí, están los que sostienen que estas medidas buscan enderezar o reparar injusticias históricas; reparar la discriminación social/estructural; son de utilidad social; contribuyen a crear diversidad o una representación proporcional de los grupos; ayudan a evitar la agitación social; son un medio de construir la nación; contribuyen a la igualdad de oportunidades. A continuación se destacan los aspectos más relevantes de cada uno de tales argumentos.

a) Enderezar o reparar injusticias históricas

El estudio del señor Bossuyt resalta que el propósito de las medidas de acción afirmativa es compensar las discriminaciones intencionales o específicas del pasado cuyas repercusiones todavía se sienten hoy. Algunos grupos desfavorecidos han sido discriminados por mucho tiempo, de modo que sus descendientes están en una situación desfavorable a causa, por ejemplo, de una educación o formación deficientes.

⁵ AG/RES. 2168 (XXXVI-O/06). Organización de Estados Americanos, OEA

Sin lugar a dudas, este es uno de los argumentos más sólidos y que con mayor frecuencia se invoca en los debates relativos a las medidas de acción afirmativa. En el caso particular de la población afrodescendiente, la Conferencia de Durban dejó claro que los efectos de la esclavización y la trata transatlántica son la causa primigenia de la evidente situación de desventaja en que se encuentra la población afrodescendiente.

En la defensa de esta justificación, se invoca con frecuencia al presidente de Estados Unidos Lyndon Johnson, quien señaló:

No se puede tomar a alguien que ha estado encadenado, liberarlo, ponerlo en la línea de arranque y decirle que ahora está libre para competir con los demás y creer sinceramente que hemos actuado con toda justicia, hombres y mujeres de todos los pueblos nacen con las mismas capacidades, pero la capacidad no es sólo cuestión de nacimiento, la capacidad se ve ampliada o impedida según la familia en la que se vive, la escuela a la que se asiste, el grado de pobreza o de riqueza que a uno lo rodea, es el producto de cientos de fuerzas invisibles que actúan sobre el pequeño infante, sobre el niño y finalmente sobre el hombre (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

b) Reparar la discriminación social/estructural

Este argumento guarda estrecha relación con el anterior. Sin embargo, enfatiza en las situaciones derivadas de legislaciones recientes que han permitido recrear las desventajas históricas en que se han debatido los grupos tradicionalmente discriminados. Conforme al multicitado estudio del señor Bossuyt (1998), la noción de discriminación estructural encierra todo tipo de medidas, procedimientos, acciones o disposiciones legales que a primera vista son neutros con respecto a la raza, el sexo, el origen étnico y otros aspectos, pero que sin una justificación objetiva tienen consecuencias adversas desproporcionadas para los grupos desfavorecidos.

Una valoración de los alcances de la discriminación estructural remite a las interpretaciones que ubican las medidas de acción afirmativa para los afrodescendientes en el plano de las reparaciones, o “afro-reparaciones”, en palabras de Catherine Walsh (2009) o de Claudia Mosquera (2009), entre otros. En efecto, en opinión de Catherine Walsh,

Centrar la acción afirmativa en un marco histórico-mundial-colonial y con relación al tema de justicia reparativa permite llevarla más allá de una simple política nacional de multiculturalismo e inclusión. Es decir, permite comprender que las afro-reparaciones y la acción afirmativa son demandas y respuestas a la dominación histórica que nace con la llamada conquista de las Américas como parte de un proceso de capitalismo global en el cual el comercio esclavista transatlántico y

la misma institución de la esclavitud tuvieron funciones importantes (Walsh, 2009).

Para esta misma autora,

Pensar la acción afirmativa como medida política que pretende responder al problema del racismo y de la discriminación racial, es ciertamente más fácil y menos controversial que concebirla dentro del marco de la justicia afro-reparativa. Esto es porque la justicia reparativa implica aceptar la existencia y pervivencia del racismo estructural-institucional-sistémico, y la complicidad y responsabilidad del Estado nacional en su creación, manutención y perpetuación (...) (Ibíd.)

Una visión integral de la justeza de las medidas de acción afirmativa nos la ofrece la profesora Claudia Mosquera, en un profundo estudio que acaba de publicar, basado en una larga investigación de campo realizada en ocho ciudades de Colombia. Para la autora:

Durante el siglo XIX, la institución económica de la esclavitud se mantuvo hasta 1851 a pesar del proyecto republicano que prometió igualdad, libertad y fraternidad como ideales de ciudadanía abstracta y universal. Sabemos hoy que el ideal republicano no se cumplió en el caso de las personas de descendencia africana. En el siglo XX, el pacto pluriétnico y multicultural de la Constitución de 1991 adhirió la equidad, la libertad y la solidaridad como principios de las ciudadanías diferenciadas que el Estado y la sociedad civil deben concretar de manera dialógica.

Las cuantificadas desigualdades sociales concentradas en territorios de frontera y en personas de color y fenotipo negro, portadoras de una historia silenciada dentro de la Nación, muestra la presencia de desigualdades sociales que perjudican los procesos de cohesión social y la democracia inclusiva, ellas son fuente de un profundo malestar socio histórico que el Estado y la sociedad no han querido escuchar de manera franca. Del mismo modo, tampoco han tratado de comprender su complejidad para actuar al respecto (Mosquera, 2009).

El argumento de las medidas de acción afirmativa como mecanismos de reparación encuentra bases jurídicas si se observa a la luz de las leyes que otorgaron la libertad a los esclavizados en América, las cuales profundizaron las desventajas entre los esclavizados y sus descendientes, con respecto a la población criolla. En efecto, con dichas legislaciones, paradójicamente, en lugar de adoptar medidas de *reparación* y *compensación* a favor de la población que por tantos siglos había sido esclavizada, se favoreció a los esclavistas, tal como se desprende de los dos primeros artículos de la Ley 21 de 1851, que otorgó la libertad a los esclavizados en Colombia. Tales disposiciones señalan:

(...) Art. 1º. El día 1º de enero de 1852 serán libres todos los esclavos que existan en el territorio de la República. En consecuencia, desde aquella fecha gozarán de los mismos derechos y tendrán las mismas

obligaciones que la Constitución y las leyes garantizan e imponen a los demás granadinos.

Art. 2º. El comprobante de la libertad de esclavos será la carta de libertad expedida en su favor con arreglo a las leyes vigentes, previos los respectivos avalúos practicados con las formalidades legales, y con las demás que dictare el poder ejecutivo.

Ningún esclavo menor de 45 años será avaluado en más de mil y seiscientos reales si fuere varón, y de 1200 reales si fuere hembra; y ningún esclavo mayor de 45 años será avaluado en más de 1200 reales si fuere varón y de ochocientos reales si fuere hembra (...)

c) Crear diversidad o una representación proporcional de los grupos

De acuerdo con el estudio del señor Bossuyt (1998), los promotores de esta tesis sostienen que un entorno diverso desde el punto de vista racial y étnico es un fiel trasunto de la sociedad en general y promueve un sentido de comunidad más representativo y más rico. Les parece que la “diversidad positiva” es una mejor manera de conseguir una justicia compensatoria para las minorías raciales y étnicas y, por lo tanto, afirman que hay que separar la diversidad de la acción afirmativa, como argumento a favor de las preferencias raciales.

A ese respecto, conviene señalar que si bien el concepto de diversidad tiene un significado autónomo, la búsqueda de una representación proporcional de los grupos en un contexto de discriminación histórica, en la práctica, responde a los mismos fines que persiguen las medidas de acción afirmativa.

En América Latina, cada vez son más frecuentes los nombramientos de afrodescendientes en importantes instancias de decisión de los países. Entre los casos más emblemáticos se encuentran los de Brasil (Ministerios de Cultura y de Igualdad Racial, actual); Colombia (Ministra de Cultura, y ascenso de un afrocolombiano a General de la República, en ejercicio); Ecuador (Ministerio de Cultura); Perú (General de la República) y Panamá (Ministra de Educación), entre otros. Si bien estas son las excepciones que confirman la regla, no es aventurado afirmar que, tras cada una de estas experiencias, a los ciudadanos de tales países les es o les sería extraño no ver a personas de descendencia africana en los gabinetes ministeriales o en otras altas dignidades como la Fuerza Pública.

d) Argumentos relativos a la utilidad social

Según indica el Sr. Bossuyt en el multicitado estudio sobre El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa, los defensores de esta postura sostienen que

(..) aumentaría el bienestar de muchas personas de distintas maneras; podría resultar en mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales procedentes de los grupos desfavorecidos entienden y conocen mejor los problemas de estos grupos. Por otro lado, cuando ocupen puestos de poder e influencia miembros de grupos desfavorecidos, se podrá comprender y proteger mejor los intereses de todos los grupos desfavorecidos. Una representación justa y visible de esos grupos en diversas esferas como el empleo o la educación permitiría una acción social y política más eficaz en esas esferas (...) la acción afirmativa puede ofrecer modelos de conducta a las comunidades en desventaja que pueden darles incentivo y motivación considerables. Además, el incremento de la participación de miembros de grupos desfavorecidos en distintos medios sociales acabará con los estereotipos y prejuicios que siguen arraigados en muchas sociedades (Bossuyt, 1998: p 13, párrafos 31 y 32).

Sin duda, el argumento de la utilidad social trasciende el ámbito de los grupos beneficiarios de las medidas de acción afirmativa. Las mejoras en la competitividad de un sector social generan efectos multiplicadores en el desarrollo de un país, cualquiera que sea. De hecho, este es uno de los retos que enfrenta América Latina para mantener una senda de crecimiento sostenido.

e) Evitar la agitación social

Quienes defienden la utilidad social de las medidas de acción afirmativa consideran que no se puede desconocer que se están utilizando programas de acción afirmativa, desde los programas especiales para zonas desfavorecidas y los programas de preferencia de género de la Unión Europea hasta los programas regionales de cupos en la India y Nigeria, para promover los intereses de los más postergados y para superar las desigualdades internas de poder económico y político con la esperanza de prevenir la agitación social.

Durante el decenio de 1960, Estados Unidos enfrentó diversos disturbios raciales que dejaron estupefactos a muchos norteamericanos no sólo porque ocurrieron principalmente en las ciudades del norte, sino también porque se produjeron después de la entrada en vigor en 1964 y 1965 de la Ley de derechos civiles y de la Ley del derecho de voto, respectivamente. Por fin en la sociedad norteamericana había quedado prohibido hacer distinciones de raza y se había concedido el derecho de voto a la comunidad negra, pero para muchos dirigentes negros militantes aún no era suficiente.

Según el presidente Johnson, “si dan empleo a esta gente, no harán una revolución porque han quedado incluidos. Si están trabajando, no lanzarán bombas contra sus hogares y fábricas. Manténganlos

ocupados y no tendrán tiempo de incendiar sus automóviles” (citado por Bossuyt, 1998: p. 14, párrafo 36).

Este argumento cobró especial vigencia en la década de 1990, que estuvo marcada por múltiples conflictos etnoculturales asociados a la situación de exclusión social y de reconocimiento de la diversidad y de la diferencia.

En el hemisferio, las preocupaciones han estado centradas en las tensiones que se observan en más de nueve países, motivadas en las demandas de pueblos indígenas y afrodescendientes que reclaman inclusión social y mayor participación y autonomía en las decisiones que los afectan. Los casos más relevantes remiten a las movilizaciones sociales realizadas en Ecuador, que propiciaron la caída de dos Presidentes de la República; las tensiones en Perú, en junio de 2009, que tuvieron como desenlace más de 30 muertes violentas, incluidos 24 agentes de la Fuerza Pública, y la caída de gran parte del Gabinete de Gobierno; los fuertes enfrentamientos entre agentes del orden y comunidades indígenas mapuche en Chile, y las tensiones que, con frecuencia, se presentan en Colombia, con el componente adicional que representa el accionar de grupos armados ilegales, tanto de izquierda como de derecha, y el “combustible” que aporta el narcotráfico.

f) Un medio de construir la Nación

El mito de que el reconocimiento a la diversidad y a la diferencia atentaba contra la unidad de los Estados, por mucho tiempo se constituyó en uno de los factores que recrearon las desigualdades en que se han debatido muchos sectores sociales, en particular, los grupos étnicos. Solo hasta comienzos de la década del 90, cuando la comunidad internacional pareció haber despertado del largo letargo en que se encontraba y se percató de que la mayor parte de las guerras y de los conflictos activos en ese momento tenían su origen en factores étnico-raciales, culturales o religiosos, los países empezaron a dimensionar los altos costos de tan grave omisión.

El obstinado propósito de buscar una sociedad homogénea, en un mundo donde existen más de cinco mil grupos étnicos y se hablan más de seiscientas lenguas, ha sido causa de grandes exterminios mediante el genocidio, la asimilación forzada y la segregación, entre otros vejámenes. Hoy, por fortuna, existe una conciencia creciente acerca del valor de la diversidad, y, por tanto, de que “las diferencias no tienen que sucumbir ante el énfasis por la humanidad común” y que, en lo que hace a la equitativa distribución de los bienes esenciales, esta pasa por la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de aquellos grupos sociales históricamente discriminados.

Hoy existe una mayor conciencia de que las identidades múltiples son algo inherente a las personas y que pueden coexistir sin desmedro de la unidad nacional. Si bien el multiculturalismo de que habla Will Kymlicka (1996) aún es un reto vigente, los cambios constitucionales que reconocen los Estados multiculturales son un signo muy alentador. En América Latina, entre los ejemplos más recientes se destacan Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Las leyes que descansan en estos nuevos marcos constitucionales que redefinen el concepto de igualdad han dejado de ser generales, impersonales y abstractas. La búsqueda de la igualdad real, de la igualdad material y concreta hoy tiene rostro propio.

g) Contribuyen al logro de la igualdad de oportunidades

El estudio del Sr. Bossuyt (1998), lo mismo que la inmensa mayoría de los análisis sobre la materia, observan que el objetivo principal de la acción afirmativa es establecer una sociedad más igualitaria, para lo cual es necesario que todas las personas gocen de igualdad de oportunidades para competir. Sin embargo, señala el Sr. Bossuyt, existen muchos ideales de igualdad a veces contradictorios y conflictivos. La propia igualdad es esencialmente una categoría no determinada que suele adquirir el significado que le dan los responsables de las políticas. Según el Sr. Bossuyt, los críticos de la igualdad de oportunidades consideran que el objetivo debería ser establecer los resultados de los procesos de decisión. Afirman que el propósito principal es la mejora de la situación relativa de los grupos desfavorecidos. Este planteamiento, por lo general, se ocupa de la posición relativa de los grupos o las clases y no de los individuos, al considerar que la igualdad no puede depender de la actuación individual.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia (2000), el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;
- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;
- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;
- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato

desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;

- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

En Colombia, una de las medidas de acción afirmativa más controvertidas, en sus inicios, fue la adopción de la Ley 581 de 2000, conocida como Ley de Cuotas, expedida en favor de la mujer. Dicha Ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-371 de 2000, tras un examen en el que la Corporación escuchó en audiencia pública las diversas posiciones de los sectores sociales, políticos y académicos del país.

No obstante la existencia de condiciones fácticas desfavorables a la mujer, como el hecho de percibir un 26% menos del salario que reciben los hombres y la existencia de múltiples circunstancias culturales que, en la práctica, apenas se encuentran en vía de ser superadas, la adopción de la Ley de Cuotas aún se encuentra transitando el camino hacia su legitimidad, incluso ante un importante sector de la población femenina que o bien no ha logrado percibir la discriminación y la exclusión de la que históricamente han sido víctimas o no cree que ese sea el camino para superar dichos flagelos.

En efecto, en dicho examen de constitucionalidad, la Corte puso en evidencia que hasta 1954 se le reconoció a la mujer el derecho al sufragio, el cual pudo ser ejercido por primera vez en 1957. La Ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. Mediante el Decreto 1972 de 1933 se permitió a las mujeres acceder a la Universidad. La Ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes y abolió la potestad marital, de manera que el hombre dejó de ser su representante legal. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad, recomendadas por la OIT desde 1919. Mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo. El Decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad tanto al hombre como a la mujer, eliminó la obligación de obediencia al marido, la de vivir con él y de seguirle adonde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 del Decreto ley 999 de 1988 abolió la obligación de llevar el apellido del esposo. Igualmente, las leyes 1ª de 1976 y 75 de 1968 introdujeron reformas de señalada importancia en el camino hacia la igualdad de los sexos ante la ley.

Entre los argumentos señalados por la Corte Constitucional para desestimar las críticas a las cuotas en favor de las mujeres, se tiene que:

Una cosa es la capacidad para disputar y ser nombrada en un puesto y otra cosa es la capacidad para desempeñarse en ese puesto. Debido a la discriminación que sufren las mujeres, no es cierto que las consideradas capaces para desempeñar un puesto puedan acceder a éste sin mayores obstáculos. Por ejemplo, muchas mujeres reconocidas como las mejores en sus áreas de especialización, nunca llegan a ocupar puestos de jefatura o de mayor rango, debido a que se les imponen mayores requisitos en su hoja de vida, se les solicita una dedicación de horario que es incompatible con las tareas que la sociedad espera que cumplan como amas de casa, se espera que piensen y reaccionen como los hombres y que dejen de lado cualquier manifestación de sentimientos tildados como femeninos, etc. (Corte Constitucional de Colombia, 2000)

INICIATIVAS RELEVANTES: LA COMISIÓN INTERSECTORIAL PARA EL AVANCE DE LA POBLACIÓN AFROCOLOMBIANA, PALENQUERA Y RAIZAL

La Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal fue creada por el Gobierno colombiano mediante el Decreto 4181 de 2007. De acuerdo con el informe presentado, “sus recomendaciones nacen de un arduo trabajo de consulta y reflexión, que incluyeron 18 talleres regionales, reuniones de la Comisión y de su Comité Técnico, y estudios realizados por las universidades del Valle y de Los Andes” (Comisión Intersectorial, 2009: 6).

La Comisión, presidida por el Vicepresidente de la República, tuvo como objetivo

Evaluar las condiciones de vida de la población afrocolombiana, palenquera y raizal, y presentar al Gobierno Nacional las recomendaciones tendientes a la superación de las barreras que impiden el avance de dicha población, en particular de las mujeres y de los niños, en los campos económico y social; así como la protección y realización efectiva de sus derechos civiles.

La Comisión adoptó un esquema de trabajo que incluyó cuatro sesiones plenarias, reuniones de nivel técnico, realización de estudios especializados y talleres regionales con las comunidades negras y otros sectores relevantes. Las recomendaciones y acciones que se presentan son el resultado de dicho proceso.

La realización de talleres regionales como herramienta de debate y reflexión se convirtió en un espacio donde la población afrocolombiana y otros sectores relevantes expresaron sus opiniones en torno a las barreras críticas que limitan su desarrollo. De paso, propusieron soluciones a las mismas, las cuales enriquecen y legitiman las recomendaciones de la Comisión Intersectorial (Ibíd).

Entre las principales barreras identificadas por la Comisión que impiden el desarrollo de la población afrocolombiana, se mencionan las siguientes:

- Racismo y discriminación racial.
- Baja participación y representación de la población afro en espacios políticos e institucionales de decisión.
- Débil capacidad institucional de los procesos organizativos de la población afrocolombiana, palenquera y raizal.
- Mayores dificultades para el acceso, permanencia y calidad en el ciclo educativo, lo cual limita el acceso a empleos de calidad y el emprendimiento, dificultando la superación de la pobreza.
- Desigualdad en el acceso al mercado laboral y vinculación a trabajos de baja especialización y remuneración (empleos de baja calidad).
- Escaso reconocimiento y valoración social de la diversidad étnica y cultural como uno de los factores que definen la identidad nacional.
- Deficiencias, en materia de seguridad jurídica, de los derechos de propiedad de los territorios colectivos.
- Deficiencia en la incorporación e implementación de las iniciativas y propuestas que surgen de la población afrocolombiana, palenquera y raizal.
- Baja disponibilidad de información sobre población afro, lo cual limita la cuantificación y focalización de beneficiarios, así como la definición de una política pública ajustada a las particularidades étnicas y territoriales.
- Acceso limitado a programas de subsidio (Ibíd.: 18).

Ante este diagnóstico, la Comisión formuló un conjunto de recomendaciones, entre las cuales se destaca la de adoptar un Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades, que expresa el interés de desarrollar medidas afirmativas para enfrentar todas estas situaciones de discriminación.

El Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades en su versión preliminar señala que tiene por objeto

(...) garantizar la efectiva participación, la inclusión social y la igualdad de oportunidades a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera; facilitando su participación en las decisiones del país y el acceso al ejercicio de funciones públicas en todos los niveles de la administración nacional, territorial y local; así como su participación en la conformación y ejercicio del poder político y el acceso de

los mismos a la Educación Superior, a nivel de pregrado, maestría y doctorado. Así mismo, tiene por objeto establecer incentivos para la empresa privada y beneficiarios de contratos estatales con el fin de facilitar la vinculación laboral en el sector privado de los miembros de las mencionadas comunidades (Vicepresidencia de la República de Colombia, 2009).

CONCLUSIONES

La contradicción que encierra la expresión ‘discriminación positiva’ ha contribuido a socavar la legitimidad de las medidas de acción afirmativa o medidas especiales. No hay duda de que se trata de un contrasentido.

Las medidas de acción afirmativa gozan de plena legitimidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y cuentan con base constitucional o jurisprudencial en muchos países, incluidos países del hemisferio.

En las Américas, y, en particular, en América Latina, están probadas las condiciones fácticas que, además de justificarla, hacen impostergable la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de los afrodescendientes y los pueblos indígenas, entre otros sectores sociales.

Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales son obligatorias a la luz de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y, entre otros aspectos, se diferencian de las obligaciones positivas de los Estados por su carácter temporal.

Las medidas de acción afirmativa descansan en el principio de igualdad. Sin embargo, para constatar que estén acorde a dicho principio, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que es necesario aplicar el test de constitucionalidad, a fin de determinar que, en el caso en concreto, se observen los siguientes presupuestos:

En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican (Sentencia C-371 de 2000).

Entre los argumentos de legitimidad de las medidas de acción afirmativa se destaca el que tiene como propósito "(...) compensar por discriminaciones intencionales o específicas del pasado cuyas repercusiones todavía se sientan. Algunos grupos desfavorecidos han sido discriminados por mucho tiempo de modo que sus descendientes están en una situación de desfavorable a causa, por ejemplo, de una educación o formación deficientes" (Bossuyt, 1998: p.7, párrafo 21).

Entre las diferentes formas que revisten las medidas de acción afirmativa, la más controversial es la modalidad de cuotas. Sin embargo, tal como lo puso de presente la Corte Constitucional de Colombia, tras examinar la constitucionalidad de la Ley 581 de 2001, relativa a las cuotas para las mujeres, son muchas las bondades de tales medidas. En esa oportunidad, la Corte Constitucional destacó las siguientes: a) Contribuyen a garantizar una igualdad real y efectiva, de manera que las situaciones de desventaja o marginalización en las que se encuentran ciertas personas o grupos puedan ser corregidas; b) Sus destinatarios son grupos sociales discriminados que suelen enfrentar más dificultades, carecen de apoyo y de recursos financieros para participar en los espacios de toma de decisión o tienen que enfrentar varios obstáculos para participar en la vida pública, originados, principalmente, en prejuicios y estereotipos culturales que les asignan roles; c) Las cuotas de participación aseguran la presencia de las "minorías" en la vida pública y actúan como dinamizador de las aspiraciones de los individuos que a ellas pertenecen. Por una parte, refuerzan la imagen social de ese grupo al asegurarle una representación permanente y, por otra parte, neutralizan los prejuicios y las resistencias que se oponen a que los miembros de ese grupo, ya sea mayoritario o minoritario, lleguen a determinados niveles de presencia política; d) Las cuotas son un medio adecuado para promover la equidad no sólo porque permiten garantizar la participación de sectores excluidos de los niveles de decisión sino porque, además, lo hacen sin perjudicar a la administración pública, ya que no les da un trato preferencial a sus destinatarios, lo que no les permite ejercer un cargo para el cual no cuentan con los méritos suficientes.

REFERENCIAS

- ALFONSO RUIZ, Miguel (1994), "Discriminación inversa e igualdad", en Amelia Varcárcel (compiladora). *El concepto de igualdad*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- BOSSUYT, Marc (1998). "El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa". Informe final presentado por Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los

Derechos Humanos. 53º período de sesiones. Tema 5 del programa provisional. Prevención de la Discriminación.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) (1999), Organización de Estados Americanos. Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa, concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer, con los Principios de Igualdad y No Discriminación. Capítulo VI del Informe Anual de la CIDH OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 13 abril 2000
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2000), Medidas de Acción Afirmativa. Ginebra: ICJ. Disponible en <http://www.icj.org>
- COMISIÓN INTERSECTORIAL PARA EL AVANCE DE LA POBLACIÓN AFROCOLOMBIANA, PALENQUERA Y RAIZAL (2009), *Recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el avance de la Población Afrocolombiana*. Bogotá: Vicepresidencia de la República de Colombia.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2000), Observación general Nº 18, Párr. 10, en HRI/GEN/1/Rev.4. Tomado de Comisión Internacional de Justicia. Medidas de Acción Afirmativa.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD) (2009). Recomendación General No. 32. sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4adc30382.html>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2000), Sentencia C-371 de 2000. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- GREENWALT, Kent (1983), *Discrimination and Reverse Discrimination*. New York: Alfred A. Knopf. Citado en: Michel Rosenfeld (1991), *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. Yale University Press.
- KYMLICKA, Will (1996), *Ciudadanía multicultural*. Madrid: Editorial Paidós Estado y Sociedad.
- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE LA JUSTICIA (2009). Recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el avance de la Población Afrocolombiana. Bogotá.
- MOSQUERA ROSERO-LABEÉ, Claudia; LEÓN DÍAZ, Ruby Esther (editoras y coautoras) (2009), *Acciones Afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal. Entre Bicentenarios de las Independencias y Constitución de 1991*. Bogotá; Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Facultad de Ciencias Humanas. Departamento de Trabajos Sociales-CES. Grupo de Investigación sobre igualdad racial, diversidad cultural, conflictos ambientales y racismo en las Américas negras, Idcaran. Eje transversal, conflicto, violencia y ciudadanías.
- PAPACCHINI, Angelo (1997). *Filosofía y derechos humanos*. Santiago de Cali: Editorial Universidad del Valle.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ministerio del Interior y de Justicia (2009). Informe de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal. Bogotá.

WALSH, Catherine (2009), "Acción Afirmativa, en perspectiva (afro)-reparativa: Hacia la nueva constitucionalidad ecuatoriana". Informe de consultoría preparado para la Corporación de Desarrollo Afro-ecuatoriano (CODAE). Quito. C-No.010-DJ-CODAE-DQ-2009.