The background of the page features a white outline map of the Americas, including North, Central, and South America, set against a dark blue background. The map is positioned on the left side of the page, with the text and other elements on the right.

Departamento de Derecho Internacional  
Secretaría de Asuntos Jurídicos  
Organización de los Estados Americanos

# Taller de Expertos/as de la Temática **Afrodescendiente** en las **Américas**

*Acciones Afirmativas*

*Combate a la Discriminación Racial en el Empleo*

*La Carga de la Prueba en Actos de Discriminación*

*Hate Speech / Discurso de Odio Racial*



Organización de los  
Estados Americanos

**Taller de Expertos/as  
de la Temática  
Afrodescendiente  
en las Américas**

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

SECRETARÍA GENERAL

**José Miguel Insulza**

Secretario General

**Albert Ramdin**

Secretario General Adjunto

**Jean-Michel Arrighi**

Secretario de Asuntos Jurídicos

**Dante Negro**

Director del Departamento de Derecho Internacional

OAS Cataloging-in-Publication Data

Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas/  
organizado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría  
de Asuntos Jurídicos en enero de 2010 (compiladores Roberto Rojas Dávila  
y Diego Moreno)

ISBN 978-0-8270-5490-5

OEA/ Sr.D/XIX.6

Taller de Expertos/as de la Temática  
Afrodescendiente en las Américas  
organizado por el Departamento  
de Derecho Internacional de la  
Secretaría de Asuntos Jurídicos  
de la Secretaría General de la OEA  
en enero de 2010



Organización de los  
Estados Americanos

**Departamento de Derecho Internacional**  
**Secretaría de Asuntos Jurídicos**  
**Secretaría General**  
Washington, D.C.  
2010



# Presentación

El 22 de enero de 2010 tuvo lugar en la sede de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Washington, D.C., el Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas, organizado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.

El Departamento de Derecho Internacional, en cumplimiento de su función de promover y difundir el Derecho Internacional, desde hace algún tiempo se ha venido involucrando activamente en la temática afrodescendiente, principalmente a través de la implementación de un “Proyecto para la incorporación de la temática afrodescendiente en las políticas y programas de la OEA”. Dicho proyecto contempla, entre otras, la realización de varias actividades destinadas a dar una mayor visibilidad al tema dentro de la OEA y sus distintos órganos, así como en el marco del proceso de Cumbres. El Proyecto promueve además el empoderamiento de la sociedad civil vinculada a la temática afrodescendiente por medio de estrategias de capacitación, sobre todo en lo que se refiere a los derechos de los y las afrodescendientes y otros estándares legales que los/as amparan, por medio de cursos, talleres de formación, etc.

Es en ese contexto que se realizó el Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas antes mencionado, el cual tuvo como objetivo la elaboración de un instrumento de carácter técnico-legal que pudiera luego ser empleado por los Órganos del Sistema Interamericano, así como por representantes y activistas de la sociedad civil afrodescendiente y otros actores interesados. El Taller contó con la presencia de un destacado grupo de expositores y comentaristas expertos en la temática afrodescendiente, todos ellos provenientes de distintos países de la región.

A través de esta compilación, el Departamento de Derecho Internacional pone a disposición de un público más amplio el conjunto de las presentaciones que tuvieron lugar en el marco del Taller, así como los aportes de los comentaristas, y el productivo debate que se generó entre todos los y las participantes. Al mismo tiempo, se pretende realizar una contribución al desarrollo de la temática afrodescendiente en el Derecho Internacional, abordando un conjunto de temas específicos de especial relevancia para esta temática y que además revisten una elevada complejidad técnica, como son las acciones afirmativas, el combate a la discriminación en el empleo, la carga de la prueba en actos de discriminación racial, y el “hate speech” o discurso de odio racial.



# Índice

<b>Presentación</b>	<b>5</b>
<b>I. Palabras de apertura del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas</b>	<b>11</b>
<i>Dr. Dante Negro</i> <i>Director del Departamento de Derecho Internacional</i>	
<b>II. Presentaciones y Comentarios de los Panelistas</b>	<b>15</b>
<b>Capítulo 1</b>	<b>15</b>
Las Medidas de Acción Afirmativa o Medidas Especiales: Para Reparar las Injusticias Históricas y la Discriminación <i>Pastor Elías Murillo Martínez</i>	15
Comentarios a la Presentación de Pastor Elías Murillo Martínez <i>Carlos Quesada</i>	45
<b>Capítulo 2</b>	<b>51</b>
Developing Effective Legal Tools Against Racial Discrimination: Lessons from the U. S. Experience with Employment Discrimination <i>Robert J. Cottrol</i>	51
Comments to Presentation by Robert Cottrol <i>Judith Morrison</i>	58
<b>Capítulo 3</b>	<b>63</b>
Ônus da prova em atos de discriminação racial <i>Hédio Silva Junior</i>	63
La carga de la prueba en actos de discriminación racial <i>Hédio Silva Junior</i>	70
<b>Capítulo 4</b>	<b>77</b>
“Hate Speech”/El Discurso del Odio & La Discriminación Racial en América Latina <i>Tanya Katerí Hernández</i>	77
“Hate Speech” & Racial Discrimination in Latin America <i>Tanya Katerí Hernández</i>	83
Comentarios a la Presentación de Tanya Katerí Hernández <i>M’baré N’gom</i>	89



---

<b>Conclusiones</b>	<b>95</b>
Conclusiones del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas <i>Roberto Rojas Dávila</i>	95
<hr/>	
<b>III. Anexos</b>	<b>99</b>
Informe Final del Relator del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas <i>Roberto Rojas Dávila</i>	99
Programa del Taller Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas	105
Hoja de Vida de los/as Ponentes y Comentaristas	107
Proyecto para la Incorporación de la Temática Afrodescendiente en las Políticas y Programas de la OEA	111
Otras Publicaciones del Departamento de Derecho Internacional	113







## **I. Palabras de apertura del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas**

### **Dr. Dante Negro**

**Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos**

En nombre del Departamento de Derecho Internacional de la OEA y del mío propio, quiero darles la bienvenida a este “Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas”, el cual tiene como objetivo discutir las posibles estrategias para promover los derechos de los afrodescendientes, hombres y mujeres, fomentar la inclusión de la temática en los órganos políticos del sistema interamericano, e intercambiar opiniones sobre temas técnicos relevantes en la lucha contra la discriminación y la intolerancia.

Debemos partir reconociendo que si bien no existe en el sistema interamericano ninguna convención que se refiera de manera directa al tema del colectivo afrodescendiente, sí existen sin embargo una serie de instrumentos jurídicos que, aunque pertenecen al soft law, han ido fijando estándares o patrones de conducta que pueden servir válidamente como referentes para el desarrollo futuro del derecho internacional en esta materia. En particular, nos referimos a las declaraciones y planes de acción adoptados en los procesos de las Cumbres de las Américas, a las resoluciones de la Asamblea General de la OEA y a la Declaración de Santiago adoptada en el año 2000 en la Conferencia Regional de las Américas Preparatoria de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada del 5 al 7 de diciembre de 2000 en Santiago de Chile.

Es cierto también que en el ámbito del sistema interamericano se ha venido prestando una mayor atención al problema de la discriminación racial y a la necesidad de promover el respeto de los derechos de las y los afrodescendientes en las Américas. En la Declaración de Compromiso de la más reciente Cumbre de Puerto España, los Jefes de Estado y de Gobierno reafirmaron que todas las formas de discriminación inhiben la plena participación de las personas en la sociedad y se comprometieron a tomar medidas continuas para combatirlas. Asimismo, se comprometieron a continuar realizando esfuerzos para concluir las negociaciones sobre el proyecto de convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. En efecto, en el año 2005 se instituyó un Grupo de Trabajo en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente con el

mandato de elaborar dicho proyecto de convención. El mandato de este Grupo de Trabajo ha sido renovado anualmente y el Grupo continúa trabajando con miras a llegar a un consenso sobre lo que podría llegar a ser eventualmente el texto de una convención interamericana sobre esta materia.

Sin embargo, a pesar de estas iniciativas, a diferencia de varios otros grupos minoritarios y/o vulnerables que reciben anualmente un tratamiento por parte de la Asamblea General por medio de una resolución de este Órgano, como sería el caso de los pueblos indígenas; los migrantes; las personas con discapacidad; las personas discriminadas por razones de su orientación sexual, identidad y expresión de género; los refugiados; las personas desplazadas internamente; las mujeres; los adultos mayores; y otros, no existe una resolución por parte del Órgano supremo de la Organización dedicada específicamente a los afrodescendientes.

Por estas razones, el Departamento de Derecho Internacional ha venido contribuyendo desde el año pasado al conocimiento, promoción y respeto de los derechos y otros estándares legales internacionales e internos que amparan a los y las afrodescendientes en las Américas, participando en una serie de talleres y encuentros con representantes de la sociedad civil, difundiendo los trabajos de la OEA en este ámbito, y compartiendo experiencias y estrategias para incrementar la participación del colectivo afrodescendiente en el proceso de toma de decisiones de los Órganos políticos de la Organización.

El Departamento de Derecho Internacional se encuentra además implementando actualmente un “Proyecto para la incorporación de la temática sobre afrodescendientes en las políticas y programas de la OEA”. Este Proyecto contempla específicamente la realización de diversas actividades destinadas a dar una mayor visibilidad al tema dentro de la OEA y sus distintos órganos, así como en el marco del proceso de Cumbres y a potenciar a la sociedad civil vinculada a la temática afrodescendiente por medio de estrategias de capacitación (sobre todo en lo que se refiere a los derechos y otros estándares legales que los amparan). El proyecto también pretende fomentar reuniones de expertos de toda la región para la elaboración de instrumentos de carácter técnico-legal que puedan luego ser empleados por los órganos políticos del sistema interamericano, así como por los actores de la sociedad civil.

Cabe señalar además que en el Curso de Derecho Internacional, que organiza el Departamento de Derecho Internacional todos los años, se incluyó en 2009 por primera vez la temática afrodescendiente y además se brindó cuatro becas que posibilitaron la participación de jóvenes abogados e internacionalistas afrodescendientes que se especializan en el derecho internacional o las relaciones internacionales. Y en las Jornadas de Derecho Internacional que se desarrollarán en dos semanas en San José de Costa Rica, y que reunirán a un selecto grupo de profesores de derecho internacional del Hemisferio, incluidos profesores y profesoras caribeños, introduciremos también por primera vez la temática afrodescendiente con el objetivo de que sea añadida en los diferentes planes de estudio en las facultades de derecho de nuestro continente.



De esta forma, el Departamento de Derecho Internacional ha ido adquiriendo un expertise considerable en esta temática, y además, ha logrado establecer una sólida base de contactos a nivel regional con organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la problemática afrodescendiente.

La promoción y difusión que le demos al tema afrodescendiente contribuirá a que este colectivo que se ha visto sometido históricamente salga de la invisibilidad, y coadyuvará a que existan más personas comprometidas con el tema, que se especialicen en el mismo, y colaboren con los esfuerzos por llevar esta temática a instrumentos jurídicos internacionales obligatorios (tales como convenciones internacionales), y sobre todo, por desarrollar políticas públicas al interior de cada uno de los países que aseguren no sólo el respeto de los derechos humanos de los y las afrodescendientes, sino que les garanticen una equitativa accesibilidad a todos los servicios y beneficios que ofrece una sociedad democrática, participando en igualdad de condiciones en el proceso productivo y contribuyendo con su propio patrimonio y las particularidades que caracterizan a este colectivo a perfilar y construir la diversidad y la riqueza propias de nuestros países.

Les deseo los mejores éxitos en su participación en este Taller y que de estas jornadas podamos extraer elementos de juicio necesarios para seguir avanzando en el fortalecimiento de la temática afrodescendiente.





## II. Presentaciones y Comentarios de los Panelistas

# Capítulo 1

## Las Medidas de Acción Afirmativa o Medidas Especiales: Para Reparar las Injusticias Históricas y la Discriminación

**Pastor Elías Murillo Martínez**

### Resumen

La noción de medidas de acción afirmativa 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 de acción afirmativa pueden ser un medio idóneo para lograr las reparaciones históricas a que aspiran *los hijos de la diáspora africana que sobrevivió a la trata trasatlántica*. Sánchez Antón, 2008 – 2007. La proclamación del **2011 como Año Internacional para las Personas de Ascendencia Africana**, - *A/RES/64/169 NACIONES UNIDAS*- contribuirá a profundizar el debate y a la implementación de nuevas acciones en estos ámbitos.

No obstante, las abundantes y exitosas experiencias internacionales, las medidas de acción afirmativa, suelen estar sometidas a críticas. En parte, la resistencia de algunos sectores, deviene de la confusión conceptual que se ha generado por la utilización de la expresión *discriminación positiva* al respecto, la doctrina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD, señala que el uso de dicha expresión constituye un contrasentido, y en consecuencia debe evitarse. Pues si es discriminación, no puede ser positiva y si es positiva, no puede considerarse discriminación. Por supuesto, la principal barrera que enfrentan las medidas de acción afirmativa se encuentra en quienes aún se resisten a admitir la vigencia de los postulados nodales de los derechos humanos, en particular, los principios de igualdad y no discriminación.



Las medidas de acción afirmativa tienen rango constitucional en muchos países, de todas las regiones del mundo. En América Latina, se destacan los casos de Colombia artículo 13, inciso 2 y Ecuador artículo 11, inciso 2. Con respecto a Ecuador, conviene adicionar que también goza de rango constitucional **el derecho a la reparación colectiva**, a favor de las colectividades afectadas por el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación, parcialmente desarrollado por el Decreto No. 60 de septiembre de 2009, mediante el cual se adoptó el Plan Plurinacional para Eliminar la Discriminación Racial y la Exclusión Étnica y Cultural, que, entre otras medidas, prevé el **acceso a cargos públicos del Estado**, por parte de miembros de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, **en un porcentaje no menor a la proporción de su población**. De hecho, el reciente nombramiento de la líder afroecuatoriana Alexandra Ocles, en el Gabinete Ministerial se inscribe en ese marco.

En Colombia, existen múltiples precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre del principio de igualdad y no discriminación en los que se encuentran buenos insumos para el impulso de éstas medidas. Algunos de esos pronunciamientos han sido emitidos en casos hoy en aplicación, tales como 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 las comunidades negras o afrodescendientes, que cuentan con dos (2) escaños en la Cámara baja, y el Fondo de Créditos Condonables para Estudiantes Afrocolombianos de Bajos Recursos Económicos y Buen Desempeño Académico. Carácter emblemático reviste la jurisprudencia derivada de la aplicación de la Ley de Cuotas a favor de la mujer.

No obstante lo anterior, aún hay mucho que aprender de las experiencias de países como India, Estados Unidos, Reino Unido, Sudáfrica, Filipinas, entre otros. En el caso colombiano, la adopción y aplicación del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades, derivado de las Recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal, lo ubicaría entre los países líderes en materia de medidas de acción afirmativa.

Las medidas de acción afirmativa encuentran soporte universal en instrumentos internacionales relevantes, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y en la jurisprudencia y la doctrina de los Órganos de Tratado de Derechos Humanos. Entre los argumentos de legitimidad que con mayor frecuencia se invocan a favor de las medidas de acción afirmativa se destacan los siguientes: buscan enderezar o reparar injusticias históricas; se orientan a reparar la discriminación social/estructural; son de gran utilidad social; tienden a crear diversidad o una representación proporcional de los grupos, para el caso, de orden racial; contribuyen a evitar la agitación social; son un medio de construir la nación, y son un medio eficaz para garantizar la igualdad, en sus múltiples acepciones: igualdad ante la Ley, igualdad de trato e igualdad de oportunidades.



*La igualdad, no es un criterio vacío que mide mecánicamente a los individuos de la especie humana equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes y aún profundizando las causas de la desigualdad e inequidad sustanciales, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus respectivos casos, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe presidir toda gestión pública.* **Sentencia T-823 de 1999 Corte Constitucional.** Tomado de El Derecho a la Igualdad- Defensoría del Pueblo, Imprenta Nacional. Bogotá, D.C. 2001.

Contrario a quienes ven en las medidas de acción afirmativa como una suerte de discriminación inversa, la aplicación del principio de igualdad no entraña...*una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Sino que, por el contrario, dichas circunstancias, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a los casos específicos, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales*’. **Sentencia T-631 de 1999. Corte Constitucional.**

*“2011 - Año Internacional de las  
Persona de Ascendencia Africana”  
A/Res/64/169 Naciones Unidas*

## 1. 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.<sup>1</sup>

En esa perspectiva, se creó un Grupo de Trabajo, que formuló un Proyecto de Convención. Entre los temas controversiales del citado Proyecto 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.

Son muchos los interrogantes que despiertan las medidas de acción afirmativa o medidas especiales, aquí se abordan algunos de ellos. 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 legítimo 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 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 abordó el concepto de medidas de acción afirmativa o medidas especiales; en un segundo término presento una síntesis de los debates en torno al concepto de medidas de

<sup>1</sup> 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.



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 harán 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, entre ellos, en el Reino Unido, Sudáfrica, Brasil, Colombia y Ecuador, entre otros.

En cuarto lugar, se abordan los argumentos relevantes a la legitimidad de las medidas de acción afirmativa, o medidas especiales, entre los cuales se mencionan los siguientes: buscan enderezar o reparar injusticias históricas; se orientan a reparar la discriminación social/estructural; son de gran utilidad social; tienden a crear diversidad o una representación proporcional de los grupos, para el caso, de orden racial; contribuyen a evitar la agitación social; son un medio de construir la nación, y son un medio eficaz para garantizar la igualdad de oportunidades. El particular énfasis en torno al del derecho a la igualdad, parte de reconocer que éste es el principio base para la adopción de las medidas de acción afirmativa.

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 fuente principal el documento “El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa”, informe final presentado por el Relator Especial en este tema, Sr. Marc Bossuyt<sup>2</sup>, y el texto “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, en la perspectiva de valorar los esfuerzos que se adelantan en procura de combatir el racismo que los afecta.

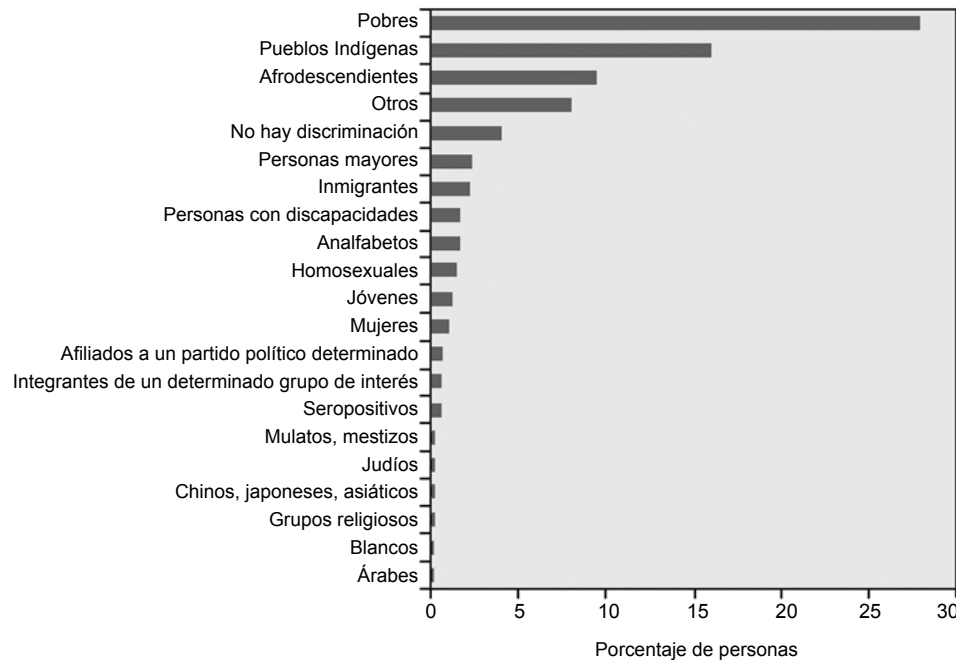
---

<sup>2</sup> 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.

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.<sup>3</sup>

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 sólo 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 siguiente gráfica.

**Los grupos más discriminados en la región, 2001**



3 Afrodescendiente: este concepto agrupa la comunidad humana en su conjunto, en tanto científicamente se reconoce que ésta descende 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 éste 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.



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.

## **2. Las Medidas de Acción Afirmativa o Medidas Especiales**

### **2.1. 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 afectan<sup>4</sup>, 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 al momento de definir las, 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, de plano hay que señalar que es erróneo.

De acuerdo con la doctrina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, (CERD por su sigla en inglés), o, el Comité, para efectos del presente documento, “El término discriminación positiva es contradictorio en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos, y debe evitarse”. Fuente CERD 2009. Recomendación General No. 32

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,

<sup>4</sup> Alfonso Ruiz, Miguel (1994: 77-93), “Discriminación Inversa e Igualdad”, en Amelia Varcárcel (compiladora), El Concepto de Igualdad. Editorial Pablo Iglesias, Madrid.

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).

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

## 2.2. 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, sus características principales son las siguientes:

- a) *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;*
- b) *La cuota termina por discriminar. Sugiere que son inferiores o discapacitadas, porque por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad;*
- c) *Promueven un mensaje de asistencialismo;*
- d) *Contribuyen a perpetuar estereotipos de invalidez, discriminación y debilidad;*
- e) *Desde el punto de vista económico, para determinar la participación de un grupo en el mercado laboral debe hacerse con base en criterios tales como la preparación de los miembros de ese grupo, su disposición al trabajo, sus méritos laborales o su experiencia;*
- f) *Las cuotas imponen una carga injustificable sobre las personas que no se benefician; y,*
- g) *Las cuotas sugiere que sus destinatarios son personas inferiores o discapacitadas, porque por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad.*



**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:

*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 decisiones 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 hace sin perjudicar a la administración pública, ya que no les da 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; son un mecanismo dirigido a corregir las prácticas sociales que generan condiciones de inequidad y no una medida de paternalismo estatal.

### **3. 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, interpretaciones de los organismos de vigilancia de los tratados de derechos humanos y se hace una breve referencia a los desarrollos que se han dado en algunos sistemas jurídicos.

### **3.1. 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 compendia todas las recomendaciones anteriores sobre la materia. La citada 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 partes 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 en los términos de la Convención - Medidas Especiales y – Medidas Especiales y concretas, pueden considerarse como el equivalente funcional de – acciones afirmativas – medidas afirmativas y acción positiva. No obstante, señala el CERD, las medidas especiales a que se refiere el párrafo 4 del artículo 1 y el párrafo 2 del artículo 2 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 1 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 se destacó en el citado Comité, que el párrafo 2 del artículo 2 prevé que los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas



especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. 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 partes 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; ésta 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 Partes 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, 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, 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.

### 3.2. Comité para la Eliminación de la Discriminación de 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 4, el cual prevé:

1. *“La adopción por los Estados Partes 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 Partes 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 mecanismos 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 desarrollo 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.

### 3.3. Comité de Derechos Humanos

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 de 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 Partes 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.”*<sup>5</sup>

### 3.4. Organización Internacional del Trabajo, OIT

A la luz de Convenio No. 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 tra-

<sup>5</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18, Párr. 10, en HRI/GEN/1/Rev.4. Tomado de Comisión Internacional de Justicia. (2000). Medidas de Acción Afirmativa.

bajadoras. En el párrafo 2 del artículo 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 la mujer, está probado que el acceso a una educación competitiva no es suficiente para que puedan acceder al empleo en igualdad de oportunidades que los hombres, ni derivar 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 estar siendo aplicada, las mujeres aún perciben un salario un veinticinco por ciento (25%) inferior al del hombre, no obstante tener la misma preparación y estar desempeñando las mismas labores.

En lo que hace 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.

### 3.5. Unesco

La Declaración sobre la Raza y los Prejuicios raciales de 1978 en el párrafo 2 del artículo 9 prevé 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.

### 3.6. Unión Europea

La Unión Europea cuenta con importantes desarrollos en esta materia. Para los efectos 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 el citado estudio de la Comisión Internacional de Justicia<sup>6</sup>, durante los años 90, el Tribunal de Justicia de la 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 sub-representación 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 discontinuada 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 sólo 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”. Fuente (CIJ 2000).

### 3.7. Sistema Interamericano

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:

<sup>6</sup> Medidas de Acción Afirmativa. Comisión Internacional de Juristas.

“Para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones 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)

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 hace 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 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 autoreconoció como tal en el último censo nacional de población.

### **3.8. 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 al 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 un crimen 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 suerte de 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, c) 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 adopción 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.

#### **4. Argumentos de Legitimidad de las Medidas de Acción Afirmativa: El Derecho a la Igualdad**

El derecho a la igualdad, de 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 éstas tiendan a desaparecer, gracias a una intervención del Estado centrada en justicia social.

Para 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 son “...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”<sup>7</sup>

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 partes 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.

<sup>7</sup> AG/RES. 2168 (XXXVI-O/06). Organización de Estados Americanos, OEA

Un detallado análisis de los argumentos en que descansan las medidas de acción afirmativa, se encuentra en el citado estudio sobre “El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa” de Marc Bossuyt. Entre los argumentos más importantes que se señalan allí, están: buscan enderezar o reparar injusticias históricas; reparar la discriminación social/estructural – reparación; 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.

#### **4.1. Enderezar o Reparar Injusticias Históricas**

El estudio del señor Bossuyt resalta que el propósito 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 de desfavorable a causa, por ejemplo, de una educación o formación deficientes.

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, 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 Lindón 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 cree 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”*.

#### **4.2. 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 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 “afroreparaciones”, en palabras de Catherine Walsh o de Claudia Mosquera, 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 afroreparaciones 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 afroreparativa. 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 lo justo 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 8 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 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 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...”*

#### **4.3. Crear Diversidad o una Representación Proporcional de los Grupos**

De acuerdo con el estudio del señor Bossuyt los promotores de ésta 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 de la acción afirmativa la diversidad 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 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, para 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.



#### **4.4. Argumentos Relativos a la Utilidad Social**

Según indica el Sr. Bossuyt en el multicitado estudio sobre la Práctica de la Acción Afirmativa, los defensores de ésta 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”.

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, genera efectos multiplicadores en el desarrollo de un país, cualesquiera que sea. De hecho, este es uno de los retos que enfrenta América Latina, para mantener una senda de crecimiento sostenido.

#### **4.5. 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 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, los Estados Unidos enfrentaron 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, citado por el Sr. Bossuyt, “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. Manténgalos ocupados y no tendrán tiempo de incendiar sus automóviles”.

Este argumento cobró especial vigencia en la década del 90, la cual 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 observa 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 les 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.

#### **4.6. 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. Sólo hasta comienzos de la década del 90, cuando la comunidad internacional, pareció haber despertado del largo letargo en que se encontraba, y se percató 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 iniciaron 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 consciencia creciente acerca del valor de la diversidad, y, por tanto, 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 que aquellos grupos sociales históricamente discriminados.

Hoy, existe una mayor consciencia 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 Kimlicka (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.

#### **4.7. Contribuyen al Logro de la Igualdad de Oportunidades**

El estudio del Sr. Bossuyt, y 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. 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 No 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 de 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, que 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 172 de 1933 se permitió 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 a donde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 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 al desestimar las críticas en contra de 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”.<sup>8</sup>

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 2000.



## **5. 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, Raizal y Palenquera, fue creada por el Gobierno colombiano mediante el Decreto 4181 de 2007. De acuerdo con el informe presentado, “Sus recomendaciones nacieron 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”.

La Comisión, presidida por el Vicepresidente de la República, tuvo como objetivo de “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 pudieron expresar 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.”

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

- 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.

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”.<sup>9</sup>

## 6. 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 que es 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.

<sup>9</sup> Vicepresidencia de la República de Colombia, Ministerio del Interior y de Justicia. Informe de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal. Mayo de 2009



En las Américas, y, en particular, en América Latina, están probadas las condiciones fácticas que además de justificar, 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 de temporales.

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.”.

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 hace sin perjudicar a la administración pública, ya que no les da un trato preferencial permitiéndoles ejercer un cargo para el cual no cuentan con los méritos suficientes.

## Bibliografía

Alfonso Ruiz, Miguel, “Discriminación Inversa e Igualdad”, en Amelia Varcárcel (compiladora), *El Concepto de Igualdad*. Madrid. Editorial Pablo Iglesias.

Bossuyt, Marc, “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, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 53º período de sesiones. Tema 5 del programa provisional. Prevención de la Discriminación.

Comisión Internacional de Justicia. (2000). *Medidas de Acción Afirmativa*. Ciudad. Editorial.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año. 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. Ciudad. Editorial

Corte Constitucional de Colombia (2000), Sentencia C-371 de 2000. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Greenwalt, Kent, “Discrimination and Reverse Discrimination.” New York: Alfred A. Knopf. 1983. Citado en: Michel Rosenfeld. *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. Año. Yale University Press.

Kimlicka, Will. 1996. “Ciudadanía Multicultural”. España. Editorial Paidós Estado y Sociedad.

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”. 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.



## Comentarios a la Presentación de Pastor Elías Murillo Martínez

**Carlos Quesada**

### **Estándares Internacionales**

Si bien es cierto que las Medidas Afirmativas y las Políticas de Acción Afirmativas están reconocidas desde principios de los años 60s a través de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial – ICERD- y a través de reformas legislativas y políticas públicas en los Estados Unidos, recobraron gran fuerza internacional en la región, con la preparación de la Conferencia Mundial contra el Racismo que tuvo lugar en Durban, Sudáfrica en el 2001.

En el Plan de Acción de las Américas, documento adoptado en la Conferencia Regional que tuvo lugar en Santiago de Chile en diciembre del 2000 se adoptaron “Acciones o políticas afirmativas y estrategias” con el objetivo de “crear condiciones para todos para participar efectivamente en los procesos de decisión y que se hicieran realidad los derechos económicos, sociales y culturales en todas las esferas de la vida sobre la base de la no discriminación”.

Esas ideas encontraron un buen eco en la Conferencia Mundial contra el Racismo, donde tanto la Declaración como el Programa de Acción reconocen a las Acciones Afirmativas como en elemento esencial en la lucha internacional contra el racismo y la discriminación racial. Las medidas positivas o acciones afirmativas son ampliamente apoyadas por el derecho internacional; y así ha quedado manifestado en tratados regionales e internacionales. En síntesis, donde existe una inequidad probada entre personas de distintos grupos étnicos, el derecho internacional; implícita o explícitamente requiere que los Estados apliquen acciones afirmativas. A nivel regional, la Declaración de Santiago urgía a los Estados que:

“Establezcan programas nacionales, incluyendo las medidas de acción afirmativas para promover el acceso de los pueblos indígenas, los afro descendientes, migrantes y otros grupos étnicos, religiosos, culturales o lingüísticos o minorías a la educación, servicios médicos y servicios básicos”.

El Programa y Plan de Acción de Durban dejaron plasmada la importancia de una efectiva y total equidad racial; planteando para eso la necesidad de medidas especiales para las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia.

En síntesis el Programa de Acción hace un llamado a los estados para que:

*“establezcan sobre la base de información estadística, programas nacionales, incluyendo medidas afirmativas o positivas para promover el acceso de los individuos y grupos de individuos quienes son o han sido víctimas de discriminación racial a los servicios sociales básicos, incluyendo educación primaria, acceso a la salud y una vivienda adecuada”.*

Con respecto al apoyo concreto del Derecho Internacional, podemos encontrar normas sobre medidas positivas o acciones afirmativas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional contra todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus familiares.

En algunos de estos tratados claramente se dice que las acciones afirmativas que tomen en cuenta el factor racial o de género, no violan el principio de no discriminación; mientras que otros explícitamente llaman para que se implementen acciones afirmativas para combatir la discriminación.

## **Normas Regionales**

El principio de no discriminación es un principio fundamental de la Organización de Estados Americanos; tanto en la Carta de la OEA, donde se plantea que los derechos fundamentales deben ser respetados sin distinción de raza, genero sexo, nacionalidad, creencia...; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración Americana) (Art. 2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 1) mantienen no solo la igualdad ante la ley; sino que los derechos deben ser garantizados sin distinción de raza...

Aunque la Comisión y la Corte no han tomado una posición sobre las acciones afirmativas basado en la raza, si lo han hecho basado en la discriminación por genero.

Lo encontramos en las opiniones consultivas; entre ellas la OC-4/84 sobre el proceso de naturalización dependiendo de la nacionalidad cuando plantea que las acciones afirmativas están en total concordancia con el principio de no discriminación...

También a nivel regional tenemos el Protocolo de San Salvador donde aparece la obligación de los Estados de tomar las medidas afirmativas necesarias; Art. 1 y 2 del Protocolo de San Salvador; donde los estados partes se comprometen a adoptar...las medidas legislativas ...que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos.



¿Qué es lo que buscan las acciones afirmativas? Desde mi perspectiva, implica un reconocimiento estatal de que existe la discriminación racial, para mí esto es fundamental y como lo decía Pastor, los objetivos son; eliminar la discriminación existente; remediar o resolver las consecuencias de las practicas y políticas de discriminación del pasado; ofrecer una igualdad de oportunidades a los diferentes sectores y promover la diversidad, ya sea étnica, de género o de cualquier otra índole.

Las acciones afirmativas han tomado la forma de:

- Capacitaciones y mecanismos de resolución de conflictos
- Buscar y promover que ciertas personas apliquen a ciertas carreras universitarias, de empleo, u otras.
- Realizar estudios que demuestren si existe o no la discriminación y como se manifiesta;
- Levantar algunos requisitos de admisiones para personas de ciertos grupos sociales;
- Tener preferencias por miembros de ciertos grupos étnicos o por las mujeres;
- Establecer porcentajes y cuotas para personas de grupos que son discriminados.

Además, están se pueden dar tanto en el ámbito público, como en el privado; **Público**, cuando se busca remediar las inequidades o promover mayor porcentaje de empleados estatales de ciertos grupos sociales, mujeres, o estudiantes en escuelas y universidades

**Privado**; cuando se busca diversificar los espacios de trabajo, de las universidades, escuelas e incluso de ONG.

## Ejemplos en las américas

### Estados Unidos de América

Aun antes de que la comunidad internacional ratificara la Convención ICERD; los Estados Unidos introdujeron las acciones afirmativas mediante la Orden Ejecutiva # 10925 de 1961, mediante la cual se instruyo a los contratistas federales a tomar “Acciones afirmativas para asegurar que los solicitantes de empleo sean tratados con igualdad sin tomar en cuenta la raza, el color, la religión, el origen nacional o étnico, etc.”.



Lo anterior se promulgo, ya que aunque las leyes anti discriminatorias se empezaron a introducir en los 50s y los 60s; fue clarísimo desde el inicio que las leyes por sí mismas, no podían resolver los problemas de discriminación racial y por ello se introdujeron las acciones afirmativas.

En la práctica que ha implicado eso; se han generado acciones afirmativas en el sector privado; en la distribución de los contratos federales o estatales; en las universidades privadas se crearon cuotas, las cuales luego fueron eliminadas; se crearon programas de acciones afirmativas en las escuelas primarias desde kinder garden hasta el fin de la primarias; acceso a la vivienda y por supuesto el derecho al voto. Por restricciones de tiempo no las voy a desarrollar, pero con gusto, luego podemos conversar.

### **Brasil**

Brasil pasó de la democracia racial a reconocer la existencia de la discriminación racial en el 2000 y hoy cuenta con una Secretaria con carácter de Ministerio, la Secretaria para la Promoción de las Políticas de Igualdad Racial –SEPPIR- que debería ser el ente natural asesor para la promoción de las Acciones Afirmativas.

En Brasil las acciones afirmativas han sido aplicadas en universidades públicas y privadas; a nivel gubernamental y algunas empresas privadas. Así como en algunas empresas privadas.

### **Canadá**

Las acciones afirmativas en Canadá se han concentrado en el acceso al empleo; a través de *Canada's Employment Equity Act*; cuyo objetivo es hacer que la fuerza laboral canadiense sea un reflejo de la población y corregir las condiciones de desventaja en el mercado laboral.

### **Conclusiones preliminares**

- Ha habido una brecha entre los países que usan y vienen usando acciones afirmativas en la región, Estados Unidos inicio a principios de la década de los 60s; mientras que en América Latina se inician hasta inicios del año 2000; con algunas excepciones. El debate pasa por cuatro décadas de diferencia en ambas regiones.
- Ha habido un retroceso en algunos países, como Brasil, donde el debate de las Acciones Afirmativas ha pasado también por el debate de quien es afro descendiente y ha llevado a que personajes tradicionalmente progresistas, como Ali Kamil, hayan escrito un libro que se llama “no somos racistas”



■ Lo cierto es que las acciones afirmativas por sí mismas, no han logrado acabar con un problema más estructural, que es la naturaleza misma de la discriminación racial, no hacemos nada con tener leyes de avanzada como la legislación colombiana (Ley de Comunidades Negras o Ley 70), sino hay cambios estructurales y quiero retomar con esto lo que planteaba y plantea Doudo Diene, antiguo Relator Especial de Naciones Unidas para Formas Contemporáneas de Racismo, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia donde hace una referencia expresa a la importancia de los cambios estructurales en educación, que son necesarios en América Latina.

¡Muchas Gracias!





## II. Presentaciones y Comentarios de los Panelistas

# Capítulo 2

## Developing Effective Legal Tools Against Racial Discrimination: Lessons from the U. S. Experience with Employment Discrimination<sup>1</sup>

**Robert J. Cottrol**

Good day. It is my great honor to be here today to have the opportunity to address this workshop on people of African descent in the Americas. I would especially like to thank Dante M. Negro and Roberto Rojas Dávila of the Department of International Law for the opportunity to address this workshop. Racial discrimination and racial exclusion can take many forms. I would like, in my talk, to focus on one form of racial discrimination, discrimination in employment and the legal tools that have been developed in one nation, the United States to combat such discrimination. Discrimination in employment is of self evident importance. It can determine the quality of an individual's life and the quality of the lives of that individual's children and grandchildren. Although I do not work in the area of labor and employment law, I hope that I can give you a brief overview of the legal framework for combating racial discrimination in employment in US law and also lessons that have been learned in that effort that might apply to other nations in the Americas. Let me begin with a brief historical overview. Discrimination in hiring, I think it is fair to say, is a problem that is common to many multi-racial and multi-ethnic societies. It is common to find that disfavored minorities are excluded from the best jobs, professional positions, managerial employment and jobs that cause one to come in contact with the public. Much of the social science literature concerning employment discrimination in Latin America for example, indicates that employers have frequently discriminated against Afro-Americans in managerial and sales positions, at times by using the words "buena apariencia" as code words for a preference for white applicants in employment advertising.

---

<sup>1</sup> Presented at OAS Workshop on Afro-Descended Peoples in the Americas, January 22nd, 2010.

While the United States has certainly had this kind of discrimination, historically another kind of employment exclusion has also harmed Afro-American workers. Employment discrimination in the United States had historically excluded Afro-Americans not only from managerial and professional positions, but often from positions as ordinary laborers in factories, positions in construction, work as conductors and engineers on railroads and work as linemen or operators for telephone companies, bus drivers for municipal bus companies, among many other types of employment involving manual labor. One of the features of employment discrimination in the United States is that historically white workers often played a significant role in demanding that certain jobs be reserved for whites and that blacks and often other minorities should be excluded. Unions played a significant role, before the 1960s, in reserving some jobs exclusively or almost exclusively for white workers. I hasten to add that much of the impulse to discriminate came from white employers independent of the sentiments of white workers. Still one of the striking features of workplace discrimination in US history was that the demand for such often came from white employees. Historians often debate why this was the case. Was it a fear of economic competition from Afro-American workers? Were employers exacerbating racial divisions in order to prevent black and white workers from coming together in common cause? Was it a quest for status, the idea that the status of whites would be enhanced if they did not have to work alongside Afro-Americans? All of these theories have their champions among historians of labor and race relations in the United States. What I think is important for our purposes is that historically there was pervasive employment discrimination in the United States and that employment discrimination made a profound contribution to racial inequality in American life.<sup>2</sup>

Federal law would enter the picture in the 1960s with the passage of the Civil Rights Act of 1964. The statute, a product of the civil rights movement of the 1960s, contained provision prohibiting discrimination in public accommodations and employment. The provision of the legislation that is most important for our discussion today is Title VII which prohibits employment discrimination based on race, color, religion, sex or national origin. Although individual states had previously passed legislation prohibiting employment discrimination and although there had been previous Executive Orders prohibiting employment discrimination on the part of firms doing direct business with the federal government, Title VII was the first comprehensive national legislation to directly address the issue of employment discrimination. With its various amendments, Title VII prohibits discrimination by private employers with more than 15 employees as well as discrimination by federal, state and local government agencies. It also prohibits discrimination on the part of labor unions and employment agencies. Title VII would also be augmented in the 1970s by various amendments and by a Supreme Court decision that held that the Civil Rights Act of 1964 provided strong protection against racial discrimination in contracts including the employment of independent contractors.<sup>3</sup>

---

2 For a good historical overview of the law of racial discrimination in employment in the United States see Herbert Hill, *Black Labor and the American Legal System: Race, Work and the Law* (Madison, Wi., 1985).

3 Economic Historian Gavin Wright gives an important assessment of the economic importance of these



I will focus in this discussion on Title VII of the Civil Rights Act of 1964, including various legislative amendments. One of the things I would like to note is the important role of the courts in statutory interpretation in the US legal system. You are, I am sure, familiar with the idea that the United States legal system is a common law system. That is true, but it must be added that there are statutes governing most aspects of American law. This is certainly true in the area of labor and employment law including the field of Employment Discrimination. Despite this the courts have played an important role in interpreting the meaning of the statutes and how they will be applied to specific circumstances. Common law thus survives as a methodology even in the presence of a well developed body of statutory law. Thus, much of my discussion of Title VII will focus on how the Supreme Court has applied the general provisions of the statute to actual issues that have arisen.

Title VII established an administrative agency, the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC). The EEOC has the power to hear complaints of discrimination and attempt to mediate between prospective employees who claim discrimination and prospective employers charged with discrimination. The Commission does not have enforcement powers of its own, but it can bring court action if it finds that a prospective employer has engaged in discrimination. Under Title VII individuals may bring actions in court for both equitable relief, that is, a request for the court to compel performance, or legal relief, a request for the award of monetary damages. Before an individual may bring a claim of discrimination in court, that person must first bring their case to the EEOC.

Under Title VII the party claiming discrimination has the initial burden of establishing a prima facie case of racial discrimination. This usually requires as a threshold matter that an applicant demonstrate 1. that he is a member of a racial minority, 2. that he is qualified for the job that was open 3. that he was rejected and 4. that the position remained open and that the employer continued to seek applicants for the position. After the plaintiff makes such a case the burden then shifts to the employer to show that there was a legitimate, nondiscriminatory reason for the employee's rejection.

One tool that is available to plaintiffs and indeed defendants as well in the battle over prospective employment discrimination cases is the use of statistical evidence. Prior to the passage of the 1964 Civil Rights Act, it was not at all uncommon for some employers to openly acknowledge that they simply did not hire Afro-Americans or members of other minority groups. With the passage of strong federal legislation outlawing discriminatory practices, coupled with the very real possibility of punitive monetary damages, fewer and fewer employers were willing to openly acknowledge that they engaged in discriminatory practices. Also, the all white work place became rarer and rarer. How would a minority applicant demonstrate discrimination in this changed atmosphere?

---

changes in civil rights law in Gavin Wright, "The Civil Rights Revolution as Economic History," in *The Journal of Economic History* v. 59 (June, 1999), pp 267-289.

Courts have permitted plaintiffs under Title VII to use of statistical evidence to raise an inference of discrimination. Statistical evidence tends to be accepted by courts more often in class action suits than in suits with individual plaintiffs. With the use of statistical techniques plaintiffs can demonstrate that there is a high probability that a firm is engaging in discriminatory behavior. This is usually done by employing statistical tests that compare the proportion of members of a particular minority group employed by a firm with that minority group's percentage in the surrounding community. Plaintiffs can use a gross statistical imbalance between employees and the population at large and combine these with probability tests that indicate the likelihood that these imbalances occurred by chance. With the use of statistical evidence plaintiffs are thus able to put forward a prima facie case that a firm has engaged in discrimination without a requirement for direct evidence, such as statements by managers that they do not hire members of certain racial or ethnic groups. The accused firm may rebut the case by either by contesting plaintiff's statistical analysis or by coming up with an explanation for the statistical disparity that does not involve racial discrimination. This use of statistical evidence of course immediately means that both sides hire their own statistical experts to analyze the data and to argue which is the more appropriate kind of statistical test to employ. The statistical theory and mathematical techniques employed by the experts are usually beyond the expertise of judges and jurors hearing these cases, sometimes raising the disturbing question of whether or not the experts' courtroom demeanor and their abilities to simplify for lay audiences end up playing as great or greater parts in the final decisions in such trials than the actual statistical evidence. Still the use of inferential statistics is a major way to detect discrimination. It is an important tool in an effective legal regime of preventing employment discrimination. It gives courts a way to monitor the actual behavior of firms and allows them to go beyond primitive manifestations of discriminatory behavior.

Another tool that the courts have developed in their application of Title VII is disparate impact analysis. Briefly stated, disparate impact analysis examines the impact of facially neutral employment criteria on classes protected from employment discrimination. This too often involves the employment of empirical or statistical evidence. It was first articulated by the Supreme Court in *Griggs v. Duke Power Co.*<sup>4</sup> In *Griggs* the Court examined a company with a history of discrimination against Afro-Americans. That company after the passage of the 1964 Civil Rights Act, when overt discrimination was no longer legally permissible, instituted new requirements for prospective employees including a high school diploma and scores on IQ tests. The Court noted that these requirements disproportionately disadvantaged Afro-Americans who as a group suffered from inferior schooling. The Court further indicated that Title VII required not merely an absence of discriminatory intent on the part of an employer, but also that its practices did not needlessly have discriminatory impacts. Thus the Court indicated that educational, testing and other requirements that have a disparate impact on minority groups could not be made conditions for employment absent the employer

---

4 401 U. S. 424 (1971).



demonstrating that these were bona fide occupational requirements, i.e. the burden was on the employer to demonstrate that these were necessary job requirements. This was not explicitly written into the statute, but became a part of the law through the Court's interpretation in *Griggs*. In 1991 Congress enacted an amendment to Title VII codifying the decision in *Griggs*.

Title VII authorizes the courts to provide a broad array of legal and equitable remedies for victims of employment discrimination. Courts may order the cessation of discriminatory practices such as the use of discriminatory tests or only interviewing in settings likely to produce no or few minority applicants. Courts may also order the hiring or reinstatement of a job applicant or former employee who was not hired or lost a job because of discrimination. The courts have been generally reluctant to adopt this latter remedy when it would have an adverse impact on an innocent white employee – i.e. they have been unwilling to order the discharge of a white employee to secure the employment of a minority applicant who had been the victim of discrimination. In such cases the courts are more likely to order legal relief — monetary damages.

Courts may order several different kinds of monetary damages. Front pay is usually ordered in cases where an applicant has been denied employment because of discrimination, but the court believes that it would be unjust to require the hiring of that individual because it would require the discharge of a current employee. Back pay can be ordered to make up for the pay the applicant would have received had he been hired when he initially applied. Courts are also empowered to award punitive as well as compensatory damages. Another important feature of Title VII is that a successful plaintiff can be awarded attorney's fees, including fees for expert witnesses. The importance of this cannot be overstated. It means that victims of employment discrimination, at least those with strong cases, are going to be able to find legal representation even if they do not have the financial resources to bring cases to court. The possibility of attorney's and expert fees provides at least a fighting chance for an ordinary job applicant pressing a case against a company with much more in the way of financial resources.

Undoubtedly the most controversial tool in the fight against employment discrimination is affirmative action. Some indeed charge that it is simply a system of reverse discrimination, discrimination against whites, particularly white men. Under Title VII courts may order affirmative action, i.e. preferential hiring of members of minority groups, for a limited period of time to overcome ongoing discrimination. The theory here is that a firm engaged in ongoing and pervasive discrimination will constantly seek ways to evade anti-discrimination mandates. There can presumably be an endless stream of litigation with a recalcitrant company constantly seeking to evade the anti-discrimination mandate when considering new prospective employees. A court's use of its equitable powers to order affirmative action is seen as one way of breaking a continuing cycle of discrimination.



The Supreme Court has been reluctant to allow the use of race in employment by government agencies absent a showing of prior discrimination. In the 1986 case *Wygant v. Jackson Board of Education*, the Supreme Court held that a Board of Education forced to lay off teachers because of budget cuts had to lay off on the basis of seniority and could not give preference to Afro-American teachers in retaining their jobs absent a showing that the school board had engaged in discrimination.<sup>5</sup> The Court's opinion stated that general societal discrimination was not enough to justify such a practice. The Court reiterated that the constitutional principle of equal protection protected whites as well as members of racial minorities and that the Court would scrutinize discrimination against whites with the same vigor that it did discrimination against racial minorities.

The Court in *Wygant* did leave room for race based affirmative action by governmental agencies. Many governmental agencies see affirmative action as necessary to achieve a diversity essential to their core missions. This has been particularly true of police departments and educational institutions. The Court in *Wygant* found that the interests and equities of a white party laid off by a race conscious governmental decision were stronger than those of a white applicant for employment who was not hired because of an affirmative action program. The white employee already had a strong reliance interest in keeping the job that he already had. He perhaps had foregone other employment or career opportunities in deciding to stay in a particular job. The job applicant on the other hand simply had one opportunity that he could not reasonably claim that he had relied on foreclosed. The Court found race conscious measures in laying off to be unconstitutional while not prohibiting affirmative action in hiring.

Employment discrimination and affirmative action in the United States have been the subject of a great deal of study by empirical social scientists to examine the impact of the law on employment patterns and socioeconomic conditions of Afro-Americans and other minority groups. It is undeniable that occupational and economic circumstances for most Afro-Americans have improved considerably in the last half century, but there is still considerable debate over how much of that improvement can be attributed to legal reforms and how much might be attributed to structural changes in the economy, improvements in education, the transition of the Afro-American population from the rural South to urban industrial and commercial centers in the North and West and the broader liberalization of racial attitudes that has occurred in the United States. The social science literature certainly demonstrates that discrimination in employment continues, even though it is significantly less virulent than it was in the past. Probably the best way to sum up the impact of equal employment and affirmative action measures is that they remain necessary to combat strong impulses to discriminate that still exist and that they have played a role in providing incentives for employers to deal fairly with Afro-American and other minority employees and job applicants. These measures

---

<sup>5</sup> 476 U. S. 267 (1986).



have not, however, been able to address the significant problem of those whose lack of education and what economists have called human capital have been made marginal in the modern economy.

Let me conclude with a brief discussion on how this experience might be of benefit to legal architects contemplating measures to end racial discrimination in Latin America. Some of the measures I have outlined might be readily adapted in a number of countries in the hemisphere. The development of a private bar with financial incentives to pursue discrimination is a clear example. The possibilities of gaining attorney's fees against firms that engage in discriminatory behavior has caused a large number of able attorneys to make equal employment law their major area of practice. A vigorous anti discrimination bar cannot consist solely of government lawyers and civil rights activists. It will be more effective and more vigilant if sufficient numbers of lawyers find it to be a rewarding area of private practice.

Other aspects of the American anti-discrimination legal regime will be more difficult to adopt. In many of the nations of Latin America we lack good data on the racial composition of the population. The governments of many nations have resisted keeping population, labor, education, public health and other vital data by race. In some cases this is an echo of earlier national policies of "blanqueamiento", the idea that nations would whiten with the inferior races, particularly Afro-Americans, ultimately vanishing. In some cases the reluctance to keep racial records is based on understandable fears that doing so, counting by race, would exacerbate racial divisions and undermine national unity. In some cases the reluctance to keep official racial statistics is a reflection of the racially mixed nature of many national populations and fluid and contextual means of racial determination. The United States, at least with respect to peoples of African descent, is heir to a legal and historical legacy that dictated that any traceable amount of African ancestry made an individual black. That has clearly not been the case in other parts of the hemisphere.

That leaves law and policy makers with a difficult set of choices. I believe that it is impossible to undo entrenched patterns of racial exclusion without having some way of keeping a racial scorecard and attempting to make some determination of who would fall into the category 'Afro-American', at least for purposes of governmental monitoring of racial discrimination and possibly affirmative action. Brazil, for example, which began affirmative action programs in some of its public universities in 2001, found immediately that they had a problem of definition. Who should be counted as Afro-Brazilian or "Afro-Descendente" for purposes of this new important benefit? Should it go to anyone with traceable African ancestry, an idea that would be unproblematic in the United States, but one that would include many white Brazilians who were not at all victims of any kind of meaningful discrimination? Should class be used as a proxy for race, or would that further reduce the number of Afro-Americans who might be eligible for such programs? These are difficult questions, but they are ones that must be asked, and an attempt at finding answers must be made if the law is going to become an effective tool in the fight against racial exclusion.

## Comments to Presentation by Robert Cottrol

**Judith Morrison**

Robert Cottrol points to several examples in his presentation of laws that were established to prevent employment discrimination in the United States. Understanding these laws is important because employment discrimination is one of the persistent forms of bias in Latin America. Recent estimates suggest that the GDPs (Gross Domestic Product) of some countries in Latin America could increase by as much as one third with the full incorporation of African descendents and indigenous peoples in national labor markets.<sup>1</sup>

The history of discrimination in Latin America has meant that discrimination has largely been *de facto* – based on complex social relationships which have defined a hierarchy of races. In the United States *de jure* discrimination mandated racial segregation and unequal treatment through laws classifying individuals by race, limiting access to physical spaces or prohibiting contact between the races. The existence of explicit laws that discriminated against blacks in the United States provided a legal framework from which to challenge and question the law. While in Latin America, where there were no such laws mandating discrimination, African descendents have instead relied on legal prescriptions to legislate policy – such as the use of quotas for public sector employment and institutions of higher education.

Despite differences in the legal approach there is ample evidence of a persistent employment discrimination problem in Latin America where many employers require pictures on resumes, make reference to “good appearance” in job descriptions (which is often a way of excluding African descendents based on their physical characteristics, such as skin color, hair texture, etc.), and define jobs by gender in postings. Despite rising societal awareness that these practices may be biased, there is clear evidence that race continues to be one of the most consistent predictors of poverty and economic opportunity in Latin America.<sup>2</sup>

An individual’s perception of race is complicated in many countries. It is not uncommon for people to consciously whiten themselves when asked about their race – even when they are the target beneficiaries of social inclusion programs.

---

1 Zoninsein, Jonas 2001 The Economic Case for Combating Racial and Ethnic Exclusion in Latin American and Caribbean Countries, Towards a Shared Vision of Development: High Level Dialogue on Race, Ethnicity and Inclusion in Latin America and the Caribbean. Washington DC Inter-American Development Bank, page 2.

2 Morrison, Judith 2007 Race and Poverty in Latin America: Addressing the Development Needs of African Descendents, UN Chronicle No. 3 2007.



This is part of a long history in Latin America that used the flexibility of racial identification to create incentives for individuals to self-identify as white or European, even if they clearly were not, in order to be viewed as more socially acceptable. Notions of race are ambiguous and clear at the same time in Latin America as members of the same family can self-identify differently based on their own individual concept of what their race means within specific contexts (regional definitions of race, race within the neighborhood compared to the work place) or how they are perceived by others.

Yet despite the so-called flexibility of racial classifications in Latin America, we see that society's concept of the race of an individual has significant consequences and is often unchanging. Recent research by Telles demonstrates that individuals live race in different ways depending on how they are classified by others based on skin color, even if they are from the same family and share the exact same socio-economic background. Skin color remains one of the most important predictors of success, even when controlling for other variables such as access to education, household income, and educational level of the family<sup>3</sup>. In Brazil, there have been several isolated, but prominent cases of individuals "falsely" classifying themselves as African descent to obtain benefits from quota systems in universities, but one of the most challenging aspects of racial classification may in fact be the inclusion of the most marginalized individuals of African descent, who may consider themselves so poor that they do not want to have an additional perceived stigma of being African descendent even if they clearly are, because they feel that it may further limit their future opportunities. Additionally, if individuals are living in highly segregated spaces or areas the concept of race may be meaningless to them. This is particularly important to analyze in regions where there is a sizable black population, or in neighborhoods that are so isolated from the surrounding areas that individuals have virtually no contact with people who are not like them. The example of a majority African descendent country like the Dominican Republic provides an interesting pattern to consider. In the Dominican Republic the majority of the population continues to identify itself as a variation of indigenous or "Indio" (claro, oscuro, etc.), which is often highly confusing to outsiders who see the deep African roots of the nation's population. Despite the complexity of self-identification there are many tools that have been used to identify individuals as African descendent in cases where racial definitions may be less clear. For example, regional markers are excellent proxies for race in many countries, and individuals often have a great deal of pride about their regional identification even if they do not identify with the broad definition of African descendent.

When considering legal measures for addressing race it is important to analyze the court structures in Latin America and recent enforcement experiences in racial harassment cases. Racial harassment cases are the best examples to analyze in order to understand some of the potential challenges of employment discrimination

---

<sup>3</sup> Telles, Edward. 2004. *Race in Another America: The Significance of Skin Color in Brazil*. Princeton University: Princeton University Press.

law in the region. Current racial harassment laws in many countries are solid, but seldom enforced. African descendents are severely underrepresented as judges, and there is evidence of the discrimination of blacks by the courts. Further, even in countries with solid anti-discrimination laws, the courts are reluctant to enforce discrimination cases. Racial discrimination is difficult for many court employees to identify as a crime, and the punishment for racial discrimination cases in places like Brazil is so high that judges are reluctant to recommend sentencing. Mandatory sentencing guidelines for discrimination cases are often considered too harsh; therefore, very few racial discrimination cases are actually prosecuted. Further, defendants are frequently exonerated from these cases by demonstrating some African descendent ancestry or an African descendent relative by birth or marriage – a standard that many meet. It is very common for an aggressor in a racist attack in Latin America to be an individual with some racial mixture – but in the application of the law there is an assumption that if an individual has connections with African descendent individuals the person cannot engage in an act of discrimination. Anti-retaliation laws need to be strengthened throughout Latin America so that black individuals are protected from retaliatory acts when they bring a racial discrimination case forward against an employer or the state.

The court system should promote legal training and education that familiarizes new judges and lawyers with the complexity of racial discrimination cases and provide them with a framework for understanding how discrimination is a crime and rights violation. More African descendents are needed in positions of leadership in the courts to provide additional support and guidance on how to enforce anti-discrimination laws. Legal tools are needed to develop standards for analyzing the impact of discrimination in the region and create mechanisms to combat all forms of discrimination, including employment discrimination in the workplace.







## II. Presentaciones y Comentarios de los Panelistas

# Capítulo 3

## Ônus da prova em atos de discriminação racial

**Hélio Silva Junior**

### Introdução

Registro inicialmente minhas homenagens ao Departamento de Direito Internacional da OEA pela decisão de pautar um tema de direito processual da maior relevância – distribuição do ônus da prova – cujo extraordinário impacto no acesso das vítimas de discriminação racial à Justiça nem sempre é lembrado, haja vista que a Declaração e o Plano de Ação de Durban (2001) mostraram-se praticamente silentes em relação aos aspectos processuais dos atos de discriminação. O mesmo não se pode dizer da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que já em 1965 preocupava-se com dispositivos voltados para o contencioso judicial, de que é exemplo a previsão da responsabilidade civil objetiva por discriminação racial sobre a qual oportunamente faremos breve alusão.

Com estas considerações pretendemos resgatar e encarecer a imprescindibilidade das normas adjetivas, processuais, instrumentais serem prestigiadas tanto quanto as regras substantivas, materiais, não sendo ocioso sublinhar o efeito pedagógico e paradigmático desempenhado pelos preceitos processuais do Pacto de São José da Costa Rica: o Brasil aprovou uma emenda constitucional, de n. 45 (2004) por meio da qual inseriu na Constituição da República o enunciado da “razoável duração do processo” (art. 8º, item 1, do Pacto; art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição brasileira).

Merece nosso aplauso, portanto, a presente iniciativa do Departamento de Direito Internacional da OEA, seja pela sinalização auspiciosa que emite, seja porque recupera a argúcia, o discernimento e a perícia dos redatores da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.



## Estado da arte

Qual seria então a relevância de um instituto processual como a distribuição do ônus da prova para um esforço internacional de promoção da igualdade entre os povos americanos?

Proveniente do latim “*onus probandi*”, ônus da prova designa um princípio geral de direito segundo o qual a comprovação compete a quem alega, sendo certo que este princípio apresenta simultaneamente contornos próprios de um direito e um encargo.

Dizemos encargo porque do ponto de vista da dogmática processual civil não se pode confundir ônus com obrigação<sup>1</sup> (dever) de provar, isto é, o litigante não tem o dever de produzir prova, mas tem interesse/necessidade em ver reconhecidos os fatos alegados como fundamento de sua pretensão. Assim, o descumprimento da produção da prova não gera um ilícito – precisamente por isso não pode ser catalogado como dever – mas acarreta para o litigante o não-reconhecimento de sua pretensão. Não será despropositada, deste modo, a afirmação de que tal como no processo penal, a jurisdição cível também abriga a figura do *in dubio pro reo*, visto que a dúvida traz como consequência o não acolhimento do pedido do autor da ação.

Deriva portanto o ônus da prova de um cânone processual extremamente valioso e comum nos países democráticos, geralmente denominado inércia da jurisdição, segundo o qual aos litigantes cabe a iniciativa da ação e das provas. Isto quer significar que em regra não cabe ao Estado-juiz determinar *ex pont propria*, de ofício<sup>2</sup>, a produção de provas, fazendo-o apenas excepcionalmente, em caráter complementar à atividade dos litigantes, sob pena de comprometer-se e perder a condição de imparcialidade exigível da atuação jurisdicional.<sup>3</sup>

Tomada pelo ângulo de um direito/garantia, a distribuição do ônus da prova pode ser demarcada como uma prerrogativa inerente à ampla defesa e ao contraditório, consistente no direito de acompanhar a prova produzida e inclusive fazer contra-prova em um contencioso judicial.

Não é difícil demonstrar a importância capital do procedimento probatório em uma contenda judicial, visto que, conforme síntese magistral de um conhecido brocardo latino – *qui probare non potest nihil habet* – “quem não pode provar, nada tem”, ou ainda “alegar e não provar é o mesmo que não alegar”.

1 Obrigação distingue-se de uma faculdade entre outras razões porque o seu descumprimento gera um ilícito jurídico.

2 Nomeadamente na jurisdição cível, uma vez que o processo penal geralmente defere ao Juiz um espaço maior de atribuições na seara da produção de provas.

3 Art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.



Derivada do latim *probatio*, do verbo *probare*, o substantivo feminino “prova” quer significar convencer, tornar crível, estabelecer uma verdade, com/provar.

Aos litigantes afigura-se mais importante a comprovação do fato do que a interpretação do direito, porque esta compete ao Juiz, enquanto aquela incumbe ao autor e réu na relação processual, o que torna evidente a supremacia dos elementos probatórios sobre as teses jurídicas.

Diferentemente do que acontece com as questões de direito (teses jurídicas), as questões de fato, as quais se fundam justamente nas provas, geralmente são produzidas em um único momento processual (em regra, na fase inicial do litígio), demarcando e acompanhando todo o percurso processual até que sobrevenha um pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. Isto quer significar que o emprego de recursos judiciais a instâncias superiores pode descortinar para o litigante novas oportunidades de valoração das provas, mas não para a produção de provas novas..

Tratando-se de meio suscetível de demonstrar a verdade de um argumento e que tem como principal função a reconstituição do fato (no caso em exame, a reconstituição do ilícito racial<sup>4</sup>), presta-se a certificação probatória para formar o convencimento do julgador, porquanto se relaciona a outro cânone processual relevante – a persuasão racional do juiz – segundo o qual no exercício de apreciação das provas o magistrado deve julgar de acordo com o alegado e provado nos autos e não segundo sua convicção íntima.

Assim, se concordamos que a certificação probatória consiste em um verdadeiro pilar que sustenta, informa e demarca a atuação do Poder Judiciário na resolução de conflitos de interesses, podemos pôr em realce que a temática do ônus da prova implica o enfrentamento de duas indagações básicas, a saber, quem deve provar<sup>5</sup> e quais as conseqüências para aquele que não produziu prova ou a produziu insuficientemente.

## Ônus da prova e igualdade processual

Divisando a expressão “igualdade na lei” de “igualdade perante a lei” podemos referir esta segunda como sendo aquela dimensão da igualdade endereçada especialmente ao Estado-juiz, a igualdade jurisdicional, porquanto os doutrinadores freqüentemente ressaltam dois imperativos: 1. como interdição ao Juiz de fazer

4 Empregamos esta expressão para denominar “todo e qualquer ato capaz de violar direitos com base em critério racial”. v. Hédio SILVA JR. Direito de Igualdade Racial – Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 39.

5 Ressalvado que o princípio da comunhão ou aquisição das provas significa que a prova vale para ambos os litigantes independentemente de quem a tenha produzido.

distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; 2. como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Para o constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho, “*Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar de função de não discriminação. Esta função de não discriminação alarga-se a todos os direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissionais)*”. Prossegue o constitucionalista português: “*A afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como irá se verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais*”.<sup>6</sup>

À igualdade de tratamento deferida aos litigantes podemos acrescentar uma segunda dimensão da igualdade processual, a *par condicio*, isto é, a paridade de armas assegurada às partes na relação processual.

Convém assinalar, entretanto, que o princípio da igualdade processual não está infenso a relativizações, visto que há situações nas quais a discriminação é admitida ou mesmo prescrita visando à igualação no exercício de direitos ou à compensação jurídica em favor daqueles que necessitem de proteção especial.

Nestas hipóteses, lança-se mão das chamadas presunções legais, as quais podem atribuir direitos e deveres distintos aos litigantes em nome da concreção da igualdade e do ideário da Justiça. Referimo-nos à previsão da responsabilidade civil objetiva<sup>7</sup> nas hipóteses de discriminação racial (entre outras previstas pela normativa internacional, pelo sistema normativo brasileiro, norte-americano, v. g.) ou à inversão do ônus da prova.

6 J. J. Gomes CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a ed., Coimbra: Ed. Livraria Almedina, p. 388-389.

7 Qualifica-se como subjetiva a responsabilidade quando esta exige demonstração de culpa e objetiva quando assentada na noção de culpa presumida, ressalvado que estas são admitidas somente na seara da responsabilidade civil e não penal, tendo em vista que esta última assenta-se geralmente na idéia de presunção de inocência.



## Responsabilidade civil objetiva por discriminação racial

Veja-se que a Carta da OEA, em seu art. 43, alínea “i”, prevê a adoção de “disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos”.

Em sintonia com o referido dispositivo da Carta da OEA, o art. I da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial apresenta a seguinte redação:

*Art. I. “Nesta Convenção, a expressão discriminação racial significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública”.*

Prescindível realçar que este dispositivo emprega a conjunção alternativa, o conectivo ou, entre “objetivo” e “efeito”, isto é, entre a culpa e o dano.

Valendo-nos da Lógica Jurídica, temos que a regra em questão configura, em notação simbólica, [c v d], cujo cálculo resulta em uma disjunção incluyente, isto é, um enunciado cuja validade depende do valor de verdade de apenas um dos seus componentes. Em suma, havendo dano, haverá o dever de indenizar, conforme preconiza inclusive o art. VI da Convenção em foco.

Resta evidenciado, assim, que o preceptivo em exame introduziu no ordenamento jurídico dos países signatários daquela Convenção a previsão legal expressa de responsabilidade civil objetiva por discriminação racial.

As presunções legais de culpa ou mesmo as denominadas presunções de responsabilidade têm por objetivo principal a reversão do ônus da prova. Em vez de a vítima ter que provar a culpa do agente causador do dano, é este quem deverá provar a sua não-culpa ou a existência de uma excludente de responsabilidade. Vale dizer, o mecanismo das presunções visa facilitar a vítima na tarefa de obter a reparação do dano, desonerando-a do pesadíssimo ônus, que ordinariamente lhe incumbiria, de provar a culpa do agente causador do dano. Numa palavra, a vítima deverá provar apenas a conduta, o dano e o nexa causal<sup>8</sup>, não se admitindo qualquer escusa subjetiva do acusado de discriminação.

<sup>8</sup> Em regra, quatro são os elementos constitutivos da responsabilidade civil lato sensu, quais sejam: 1. conduta (ação ou omissão); 2. culpa (intenção/dolo, imprudência, imperícia ou negligência); 3. nexa de causalidade; 4. resultado/dano.

### Inversão do ônus da prova

A Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial apresenta a seguinte redação em seu art. 1º, item 4: “*Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.*”

Referida Convenção emprega a expressão “medidas especiais” direcionadas para a igualação do exercício ou gozo de direitos e liberdades fundamentais, objetando a edição de direitos separados (leis diferentes para diferentes grupos) e preocupando-se com o caráter temporário daquelas medidas.

*Medidas especiais*, locução que encerra um conceito jurídico aberto, serão todas e quaisquer medidas necessárias para a igualação de direitos. Já no seu Preâmbulo, a Convenção em tela prescreve a adoção de medidas práticas, de políticas de eliminação da discriminação (art. II, item 1), bem como de medidas especiais e concretas (art. II, item 2), medidas positivas (art. IV), medidas imediatas e eficazes (art. VI) e medidas administrativas (art. IX, item 1), além daquelas de natureza legislativa e judicial; devendo ser sublinhado que o vocábulo medida designa uma providência, disposição, ação, enfim, indica um agir, fazer alguma coisa.

O *fazer alguma coisa* poderá traduzir-se, portanto, em medida de natureza legislativa, processual, judiciária, administrativa, a exemplo da inversão do ônus da prova.

Devo assinalar inclusive que o sistema jurídico brasileiro prevê a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, em favor do consumidor, e em alguns aspectos das relações de trabalho, em favor do empregado.

Nestas hipóteses, a inversão do ônus da prova serve de instrumento processual que visa impedir o desequilíbrio da relação jurídica.

A nosso juízo, no caso de contencioso resultante de ilícito racial, a inversão do ônus da prova em favor da vítima de discriminação se afigura como uma medida absolutamente imprescindível para ampliar o acesso daquela à Justiça, sobretudo se considerarmos que nos nossos dias a discriminação racial raramente é normatizada, tratando-se de fenômeno que se manifesta por meio de regras informais e comportamentos no mais das vezes dissimulados, sub-reptícios, sutis.

Em nossas sociedades, desfiguradas por séculos de discriminação generalizada, não é suficiente que o Estado se abstenha de praticar a discriminação em suas leis. Vale



dizer, incumbe ao Estado esforçar-se para favorecer a criação de condições que permitam a todos beneficiar-se da igualdade de oportunidade e eliminar qualquer fonte de discriminação direta ou indireta. A isto se dá o nome de ação afirmativa, ou ação positiva, compreendida como comportamento ativo do Estado, em contraposição à atitude negativa, passiva, limitada à mera intenção de não discriminar.

A nota característica da promoção da igualdade, portanto, distingue-se por um comportamento ativo do Estado, em termos de tornar a igualdade formal em igualdade de oportunidade e tratamento, o que é, insistimos, qualitativamente diferente da cômoda postura de somente não discriminar.

É precisamente neste desiderato que deve ser inserida a norma da inversão do ônus da prova em favor das vítimas de discriminação racial: como uma garantia do devido processo legal e precioso instrumento de promoção da igualdade.

## La carga de la prueba en actos de discriminación racial

Hélio Silva Junior

### Introducción

En primer lugar, deseo dejar constancia de mi reconocimiento al Departamento de Derecho Internacional de la OEA por la decisión de regular un tema de derecho procesal de la mayor relevancia –la distribución de la carga de la prueba- cuya extraordinaria incidencia en el acceso de las víctimas de discriminación racial a la justicia no siempre se tiene presente, habida cuenta de que la Declaración y el Plan de Acción de Durban (2001) prácticamente no hacen mención a los aspectos procesales de los actos de discriminación. No puede decirse lo mismo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que ya en 1965 incluía disposiciones que apuntaban al contencioso judicial, de lo cual es ejemplo la previsión de la responsabilidad civil objetiva por discriminación racial, a la que oportunamente haremos breve alusión.

Con estas consideraciones pretendemos poner de manifiesto y subrayar que es imprescindible prestigiar las normas adjetivas, procesales e instrumentales tanto como las sustantivas y materiales, aparte de que no está demás resaltar el efecto pedagógico y paradigmático de los preceptos procesales del Pacto de San José de Costa Rica: el Brasil aprobó una enmienda constitucional, la No. 45 (2004), por medio de la cual insertó en la Constitución de la República el enunciado de la “duración razonable del proceso” (Artículo 8º, inciso 1, del Pacto; Artículo. 5º, inciso LXXVIII, de la Constitución del Brasil).

Por tanto, merece nuestro encomio la actual iniciativa del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, sea por la señal auspiciosa que emite, sea porque recupera los sólidos argumentos, el discernimiento y la pericia de los redactores de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

### Situación actual

¿Cuál sería, entonces, la relevancia de un instituto procesal como la distribución de la carga de la prueba para un empeño internacional de fomento de la igualdad entre los pueblos americanos?

La expresión proviene del latín “*onus probandi*” y refiere a un principio general del derecho según el cual la comprobación compete a quien alega, aunque es cierto que este principio presenta simultáneamente contornos propios de un derecho y de un encargo.



Decimos encargo porque desde el punto de vista de la doctrina procesal civil no se puede confundir carga con obligación<sup>1</sup> (deber) de probar, o sea que el litigante no tiene el deber de producir la prueba, pero tiene interés/necesidad de que se reconozcan los hechos alegados como fundamento de su pretensión. Es por eso que el incumplimiento de la producción de la prueba no genera ilícito – y es precisamente por eso que no puede ser catalogado como deber – pero acarrea para el litigante el no reconocimiento de su pretensión. Por tanto, no estará fuera de lugar la afirmación de que, tal como en el proceso penal, la jurisdicción civil abraja la figura de *in dubio pro reo*, visto que la duda trae como consecuencia la no recepción del pedido del autor de la acción.

Por tanto, la carga de la prueba deriva de un canon procesal extremadamente valioso y común en los países democráticos –en general denominado inercia de la jurisdicción– según el cual corresponde a los litigantes la iniciativa de la acción y de las pruebas. Ello significa que, por norma, no compete al Estado-juez determinar *ex pont propria*, de oficio<sup>2</sup>, la producción de pruebas, haciéndolo sólo excepcionalmente, con carácter complementario de la actividad de los litigantes, so pena de comprometerse y perder la condición de imparcialidad que se exige a la actuación jurisdiccional.<sup>3</sup>

Desde el ángulo de un derecho/garantía, la distribución de la carga de la prueba puede ser definida como una prerrogativa inherente a la amplia defensa y al contradictorio, que consiste en el derecho de presentar la prueba producida e inclusive presentar contrapruebas en un contencioso judicial.

No es difícil demostrar la importancia capital del procedimiento probatorio en una contienda judicial, habida cuenta de que, conforme a la síntesis magistral de un conocido proverbio latino – *qui probare non potest nihil habet* – “quien no puede probar, nada tiene”, o aún “alegar y no probar es lo mismo que no alegar”.

El sustantivo femenino “prueba” deriva del latín *probatio*, del verbo *probare*, y significa convencer, tornar creíble, establecer una verdad, com/probar.

A los litigantes se les presenta como más importante la comprobación del hecho que la interpretación del derecho, porque esta compete al juez, en tanto aquella incumbe al autor y al reo en la relación procesal, lo que pone en evidencia la supremacía de los elementos probatorios sobre las tesis jurídicas.

A diferencia de lo que ocurre con las cuestiones de derecho (tesis jurídicas), las cuestiones de hecho, que se fundan justamente en las pruebas, en general son producidas en un único momento procesal (por norma, en la etapa inicial del litigio),

1 Obligación que se distingue de una facultad, entre otras razones, porque su incumplimiento genera un ilícito jurídico.

2 En particular en la jurisdicción civil, toda vez que el proceso penal en general permite al juez un espacio mayor de atribuciones en la esfera de la producción de pruebas.

3 Art. 8º, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



delimitando y siguiendo todo el trayecto procesal hasta que surja un pronunciamiento definitivo del Poder Judicial. Ello significa que el empleo de recursos judiciales ante instancias superiores puede abrir para el litigante nuevas oportunidades de valoración de las pruebas, pero no para la producción de nuevas pruebas.

Tratándose de un medio susceptible de demostrar la verdad de un argumento, que tiene como función principal la reconstitución del hecho (en el caso en examen, la reconstitución del ilícito racial<sup>4</sup>), la certificación probatoria se presta para formar la convicción de quien juzga, por cuanto se relaciona con otro canon procesal relevante – la persuasión racional del juez – según el cual, en el ejercicio de la apreciación de las pruebas, el magistrado debe juzgar de acuerdo con lo alegado y probado en autos y no según su convicción íntima.

De manera que, si concordamos en que la certificación probatoria es un verdadero pilar que sustenta, informa y delimita la actuación del Poder Judicial, en la solución de conflictos de intereses, podemos subrayar que la temática de la carga de la prueba implica el enfrentamiento de dos indagaciones básicas, a saber, quien debe probar<sup>5</sup> y cuáles son las consecuencias para quien no produjo la prueba o la produjo en forma insuficiente.

### La carga de la prueba y la igualdad procesal

Si distinguimos la expresión “igualdad en la ley” de “igualdad ante la ley”, podemos señalar esta segunda como la dimensión de la igualdad que apunta especialmente al Estado-juez, a la igualdad jurisdiccional, por cuanto quienes elaboran la doctrina con frecuencia subrayan dos imperativos: 1. como interdicción al juez de establecer una distinción entre situaciones iguales, al aplicar la ley; 2. como interdicción al legislador de promulgar leyes que permitan el tratamiento desigual de situaciones iguales o un tratamiento igual a situaciones desiguales por parte de la Justicia.

Según el constitucionalista portugués Joaquim José Gomes Canotilho, *“Una de las funciones de los derechos fundamentales últimamente más acentuada por la doctrina (sobre todo, por la doctrina norteamericana) es la que se puede denominar función de no discriminación. Esta función de no discriminación se extiende a todos los derechos, libertades y garantías personales (por ejemplo, la no discriminación en razón de la religión), a los derechos de participación política (por ejemplo, el derecho de acceso a los cargos públicos) y aún a los derechos de los trabajadores (por ejemplo, el derecho al empleo y a la formación profesionales)”*. Y agrega el constitucionalista portugués: *“La afirmación ‘todos los ciudadanos son iguales ante la ley’ significaba tradicionalmente la exigencia de igualdad en*

4 Empleamos esta expresión para denominar “todo acto capaz de violar derechos sobre la base de un criterio racial”. Véase Hédio SILVA JR. *Direito de Igualdade Racial – Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, pág. 39.

5 Excepto que el principio de la comunión o adquisición de las pruebas significa que la prueba vale para ambos litigantes, independientemente de quien la haya producido.



*la aplicación del derecho. La igualdad en la aplicación del derecho sigue siendo una de las dimensiones básicas del principio de la igualdad garantizado constitucionalmente y, como se comprobará, asume particular relevancia en el ámbito de la aplicación igual de la ley (del derecho) por los órganos de la administración y por los tribunales”.*<sup>6</sup>

A la igualdad de tratamiento otorgada a los litigantes podemos agregar una segunda dimensión de la igualdad procesal, la *par condicio*, es decir, la paridad de armas asegurada a las partes en la relación procesal.

Pero conviene señalar que el principio de la igualdad procesal no está exento de aspectos relativos, ya que existen situaciones en las cuales la discriminación es admitida e inclusive prescrita en procura de la igualación en el ejercicio de los derechos o de la compensación jurídica en favor de quienes necesitan una protección especial.

En estas hipótesis, se recurre a las llamadas presunciones legales, que pueden atribuir derechos y deberes distintos a los litigantes en nombre de la concreción de la igualdad y del ideario de la justicia. Nos referimos a la previsión de la responsabilidad civil objetiva<sup>7</sup> en las hipótesis de discriminación racial (entre otras previstas por la normativa internacional, por el sistema normativo brasileño y norteamericano, por ejemplo) o a la inversión de la carga de la prueba.

### **Responsabilidad civil objetiva por discriminación racial**

Obsérvese que en la Carta de la OEA, en su Artículo 43, literal “i”, se prevé la adopción de “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos”.

En sintonía con la referida disposición de la Carta de la OEA, el Artículo I de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial presenta la redacción siguiente:

*Artículo I. “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.*

<sup>6</sup> J. J. Gomes CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a ed., Coimbra: Ed. Livraria Almedina, págs. 388-389.

<sup>7</sup> Se califica como subjetiva la responsabilidad cuando esta exige demostración de culpa y objetiva cuando se funda en el concepto de culpa presumida, a excepción de que estas son admitidas sólo en el campo de la responsabilidad civil y no penal, teniendo en cuenta que esta última se basa generalmente en la idea de la presunción de inocencia.

Demás está señalar que en esta disposición se emplea la conjunción alternativa, el conectivo o, entre “objeto” y “resultado”, es decir, entre la culpa y el daño.

Si recurrimos a la lógica jurídica, tenemos que la regla en cuestión configura, en su forma simbólica, [c v d], cuyo cálculo da lugar a una disyunción incluyente, es decir, un enunciado cuya validez depende del valor de verdad de sólo uno de sus componentes. En resumen, habiendo daño, habrá deber de indemnizar, conforme lo dispone inclusive el Artículo VI de la Convención en cuestión.

Queda en evidencia, pues, que el precepto en examen introdujo en el ordenamiento jurídico de los países signatarios de esa Convención la previsión legal expresa de la responsabilidad civil objetiva por discriminación racial.

Las presunciones legales de culpa, e inclusive las denominadas presunciones de responsabilidad, tienen por objetivo principal la reversión de la carga de la prueba. En vez de la víctima tener que probar la culpa del agente causante del daño, es éste quien deberá probar su no culpabilidad o la existencia de un factor que lo exime de responsabilidad. Vale decir que el mecanismo de las presunciones apunta a facilitar a la víctima la tarea de obtener la reparación del daño, eximiéndola de la pesada carga que normalmente le correspondería de probar la culpa del agente causante del daño. En una palabra, la víctima tendrá que probar sólo la conducta, el daño o el nexo causal<sup>8</sup>, no admitiéndose excusa subjetiva alguna de parte del acusado de discriminación.

### **Inversión de la carga de la prueba**

La Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ofrece el siguiente texto en su Artículo 1º, inciso 4: “*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*”.

La referida Convención emplea la expresión “medidas especiales” encaminadas a la igualación del ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales, sin crear derechos separados (leyes diferentes para diferentes grupos) y con preocupación por el carácter temporario de esas medidas.

<sup>8</sup> Como norma, son cuatro los elementos constitutivos de la responsabilidad civil lato sensu, a saber: 1. conducta (acción u omisión); 2. culpa (intención/dolo, imprudencia, impericia o negligencia); 3. nexo de causalidad; 4. resultado/daño.



*Medidas especiales* –locución que encierra un concepto jurídico abierto- serán todas y cualesquiera medidas necesarias para la igualación de derechos. Ya en el Preámbulo, la Convención en cuestión prescribe la adopción de medidas prácticas, de políticas de eliminación de la discriminación (Artículo II, inciso 1), así como de medidas especiales y concretas (Artículo II, inciso 2), medidas positivas (Artículo IV), medidas inmediatas y eficaces (Artículo VI) y medidas administrativas (Artículo IX, inciso 1), aparte de las de naturaleza legislativa y judicial, correspondiendo subrayar que el vocablo *medida* designa una providencia, disposición, acción, en fin, indica un actuar, hacer algo.

El *hacer algo* podría traducirse, por tanto, en una medida de naturaleza legislativa, procesal, judicial, administrativa, a ejemplo de la inversión de la carga de la prueba.

También es preciso señalar que el sistema jurídico brasileño prevé la inversión de la carga de la prueba en las relaciones de consumo, a favor del consumidor, y en algunos aspectos de las relaciones de trabajo, a favor del empleado.

En estas hipótesis, la inversión de la carga de la prueba sirve de instrumento procesal que apunta a impedir el desequilibrio de la relación jurídica.

A nuestro juicio, en el caso del contencioso resultante de ilícito racial, la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima de discriminación se presenta como una medida absolutamente imprescindible para ampliar el acceso de aquella a la justicia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en nuestros días, la discriminación racial raramente está normalizada, tratándose de un fenómeno que se manifiesta por vía de reglas informales y comportamientos las más de las veces disimulados, subrepticios, sutiles.

En nuestras sociedades, desfiguradas por siglos de discriminación generalizada, no basta con que el Estado se abstenga de practicar la discriminación en sus leyes. Es decir que incumbe al Estado empeñarse en facilitar la creación de condiciones que permitan a todos beneficiarse de la igualdad de oportunidades y eliminar toda fuente de discriminación directa o indirecta. Esto es lo que se llama acción afirmativa o acción positiva, entendida como el comportamiento activo del Estado, en contraposición a la actitud negativa, pasiva, limitada a la mera intención de no discriminar.

El aspecto característico del fomento de la igualdad, por tanto, se distingue por un comportamiento activo del Estado en términos de transformar la igualdad formal en igualdad de oportunidades y de tratamiento, lo que es –insistimos- cualitativamente diferente de la cómoda posición de sólo no discriminar.

Es, precisamente, en este desideratum que debe integrarse la norma de la inversión de la prueba a favor de las víctimas de discriminación racial, como garantía del debido proceso legal y valioso instrumento de fomento de la igualdad.





## II. Presentaciones y Comentarios de los Panelistas

# Capítulo 4

## “Hate Speech”/El Discurso del Odio & La Discriminación Racial en América Latina

### Tanya Katerí Hernández

El discurso del odio pretende degradar, intimidar, promover prejuicios o incitar a la violencia contra individuos por motivos de su raza, género, edad, colectivo étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, lengua, opiniones políticas o morales, estatus socioeconómico, ocupación o apariencia (como el peso, el color de pelo), capacidad mental y cualquier otro elemento de consideración.<sup>1</sup> El concepto se refiere al discurso difundido de manera oral, escrita, de manera visual en los medios de comunicación, o Internet, u otros medios de difusión social. Este escrito se enfoca en el discurso del odio racista. Mientras el término inglés “hate speech” a menudo es utilizado como un término técnico dentro de publicaciones legales latinoamericanas, los comentaristas parecen utilizar “hate speech” y “el discurso del odio” alternativamente. De cualquier modo el término es utilizado, es un concepto que es comprendido globalmente y es prohibido extensamente<sup>2</sup>. La objeción esparcida al discurso del odio es reflejado en el sistema de derecho internacional. Los Estados Unidos es la excepción extrema de una jurisdicción con tal enfoque absolutista a la libertad de expresión, que el discurso del odio es tolerado en gran parte.<sup>3</sup>

1 Bhikhu Parekh, Hate Speech: Is There a Case for Banning?, 12 PUB. POL’Y. RES. 213-223 (2006).

2 Jurisdictions which have laws prohibiting hate speech include but are not limited to: Canadian Crim. Code § 319(2); Croatian Penal Code Art. 174; Denmark Penal Code § 266B; Finnish Penal Code Chap. 11, § 8; German Constitution GG art. 5(2) (F.R.G.); Icelandic Penal Code Art. 233a; Art. 269 Hungary Penal Code; New Zealand Human Rights Act of 1993 § § 61 & 131; Norwegian Penal Code § 135a; Serbian Penal Code § 317; South Africa Act No. 4, Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act; Swedish Penal Code Chap. 16 § 8; United Kingdom Race Relations Act, 1965, c. 73 § 6(1), amended in 1976 and 1986.

3 Guy E. Carmi, Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech, 26 B.U. Int’l L.J. 277 (2008) (comparing the “American Exceptionalism” of the United States unparalleled protection of freedom of expression to the majority of jurisdictions like Germany that restrict free speech to promote the protection of human dignity).

## El Discurso del Odio y el Derecho Internacional:

El Derecho Internacional prohíbe específicamente el discurso del odio. La Convención Para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (“CERD”) es un tratado multilateral de derechos humanos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965, que se opone explícitamente a la manifestación del discurso racista del odio. El artículo 4 de CERD proporciona que los Estados tienen que criminalizar la diseminación de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial. Además, los estados deben prohibir toda organización que “promueve e incita discriminación racial, y reconocerá participación en tales organizaciones o actividades una ofensa punible por la ley.” El Comité Para la Eliminación de Discriminación Racial, ha indicado que cuando el CERD fue adoptado, el Artículo 4, fue visto como “central a la lucha contra discriminación racial”<sup>4</sup>. Asimismo, el Artículo 20 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos proporciona que “cualquier apoyo de odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia serán prohibidas por la ley.” Además, también se ha desarrollado de un derecho internacional público consuetudinario contra el discurso del odio.<sup>5</sup>

### Los Daños del Discurso del Odio:

El consenso esparcido acerca de la ilegalidad del discurso del odio es influido por los daños significativos que lo causa. Cuando el discurso del odio es permitido a ser propagado, favorece un clima social en que grupos particulares vienen a ser denigrados y su tratamiento discriminatorio aceptado como normal.

Crea discordia en la comunidad, daña el grupo hecho víctima, e infringe la igualdad<sup>6</sup>. Por ejemplo, el conocimiento que la propaganda antisemita de odio fue conectada claramente a la subida del nazismo, motivó el desarrollo de los derechos internacionales contra el discurso del odio.<sup>7</sup> En resumen, el discurso del odio implica directamente la persecución de un Estado-Nación de la igualdad racial.

De hecho, ha sido notado que el discurso y las elecciones políticas llegan a ser más sanos y más moderados en jurisdicciones que decretan legislación del discurso del odio (como Inglaterra, Alemania, Austria, los Países Bajos, India y

4 General Recommendation XV (42) on Article 4 of the CERD, “Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies,” U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1, at §§ 1, 3 (p. 68).

5 Mariana Mello, Notes & Comments, *Hagan v. Australia: A Sign of the Emerging Notion of Hate Speech in Customary International Law*, 28 LOY. L.A. INT’L & COMP. L. REV. 365-378 (2006).

6 *Regina v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697 (1990) (Canada Supreme Court).

7 Mari J. Matsuda, Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story, in *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT* 17, 27 (Mari J. Matsuda et al. eds. 1993).



Sudáfrica).<sup>8</sup> Esto es porque hay poco valor social en el discurso racista cuyo propósito básico es degradar a otros, negarles su identidad como seres humanos, excluirlos de derechos del convenio básico, social y constitucional, y exponerlos a la violencia. Negando la dignidad humana a algunas personas, el discurso del odio ataca la base de los Sistemas Democráticos.<sup>9</sup>

En la América Latina, el discurso racista acerca de los Afrodescendientes facilita la exclusión social de los Afrodescendientes. Además, del término “negro” ser negativo, los Afro-descendientes son estereotipados y referidos como intrínsecamente criminales, intelectualmente inferiores, y excesivamente sexuales y bestiales.<sup>10</sup> Debido a que los estereotipos raciales sobre los Afrodescendientes son tan penetrantes, ellos son comparados comúnmente con oler como animales y como monos en particular. Las perspectivas raciales son tan empotradas en la fibra social de sociedades latinoamericanas, que el estatus subordinado de los Afrodescendientes en la sociedad es naturalizado y es visto como lógico. Como resultado, más Estados en la región están teniendo en cuenta a las leyes de discurso del odio.

### **Leyes Latinoamericanas Contra el Discurso del Odio:**

Dos ejemplos de conformidad legislativa literal con las normas de derecho internacional contra el discurso del odio pueden ser encontrados en las leyes domésticas de Cuba y Ecuador. El artículo 295 del Código Penal de Cuba criminaliza “el que difunda ideas basadas en la superioridad u odio racial o cometa actos de violencia o incite a cometerlos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.” El artículo 212.4 del Código Penal de Ecuador criminaliza “el que, por cualquier medio, difundiere ideas basadas en la superioridad o en el odio racial.” Tanto en Cuba como en Ecuador la sanción para una infracción del discurso del odio es igual que para una de discriminación racial, 6 meses a 2 años de encarcelamiento o una multa, o ambos, y 6 meses a 3 años de encarcelamiento, respectivamente. Aunque el Código Penal de Venezuela no se refiere específicamente al discurso del odio racial, el Artículo 286 prohíbe “el que públicamente, excitare al odio de unos habitantes contra otros,” con una sanción de 45 días a 6 meses de encarcelamiento.”

Mientras Brasil no tiene una provisión legislativa sobre el discurso del odio, su Corte Suprema Federal ha interpretado la ley contra la discriminación racial para también prohibir el discurso del odio racista. En 2003, la Corte Suprema Federal Brasileña reconoció una prohibición contra el discurso del odio en la prosecución de Siegfried Ellwanger, por practicar el racismo cuando él publicó libros que fueron

<sup>8</sup> Parekh, supra n. 1, at 218.

<sup>9</sup> Friedrich Kubler, How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights, 27 HOFSTRA L. REV. 335, 364 (1998).

<sup>10</sup> Peter Wade, “Afro-Latin Studies: Reflections on the Field,” Latin American and Caribbean Ethnic Studies, 1 (April 2006), 105-124.



antisemitas y negaron falsamente la existencia del holocausto.<sup>11</sup> El Tribunal notó que la libertad de expresión no es absoluta y que el publicar libros con ideologías discriminatorias es el racismo que la Libertad de Expresión no tolerará.

El Código Penal de Brasil prohíbe la práctica de racismo y el acto de inducir, o incitar discriminación o el prejuicio basado en la raza, el color, la etnicidad, la religión u origen nacional. El castigo es 1 a 3 años de encarcelamiento y una multa.<sup>12</sup> Esta ley es distinta de “injuria racial” brasileña. “Injuria racial” es un crimen contra el honor como la difamación, en que la dignidad de un individuo específico es dañada.<sup>13</sup> Por contraste, el crimen del racismo se concentra en un número indeterminado de personas. Por eso, a diferencia de “injuria racial,” el crimen del racismo es imprescriptible y es un delito no excarcelable. Con “injuria racial” un juez tiene la discreción para suspender la pena de 1 a 3 años de encarcelamiento y el reclamo es susceptible a un período de prescripción de 8 años.

Con el caso de Ellwanger como guía, el concepto del discurso del odio en Brasil ha sido extendido al contexto del Internet también. En 2006, Google fue ordenado a proporcionar al gobierno los datos que podrían ayudar al fiscal a identificar usuarios acusados de tomar parte en comunidades en línea que favorecen el racismo, la pedofilia y la homofobia.<sup>14</sup> Esto fue con respecto al sitio social de interconexión de Google llamado “Orkut.” Google acordó quitar sumisiones que los fiscales brasileños clasificaron como contenido ilegal.

Otros países latinoamericanos ciertamente podrían utilizar el enfoque brasileño de procesar el discurso del odio con sus propias leyes contra la discriminación. Desafortunadamente, habría mucha incertidumbre en la aplicación para víctimas del discurso del odio con tal enfoque. Además, es imprescindible proporcionar mandatos legislativos claros contra el discurso del odio a causa de: 1) los daños sociales significativos que proceden del discurso del odio, y 2) las directivas de derecho internacional que requieren tal legislación.

### **Las Consideraciones del Diseño de la Legislación: Comparando los Contextos Penal y Civil**

A causa de su gran poder simbólico, una prohibición penal contra el discurso del odio puede llegar a ser fácilmente un fin en sí mismo en vez de formar parte de una política de alcance general contra el racismo. Es así centralmente importante decretar legislación contra el discurso del odio que se centre en su lucha contra la discriminación. Esto sería más eficaz que un enfoque de difamación o simple-

11 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no. 82.424-2. Relator min. Maurício Corrêa. Acórdão de 19.09.2003.

12 Lei 7716/89, artigo 20.

13 Artigo 140, § 3 Código Penal Brasileiro.

14 Ellen Nakashima, “Google to Give Data to Brazilian Court” Washington Post Sept. 2, 2006



mente como un daño de dignitario. El papel de la legislación del discurso del odio combatiendo la discriminación también sería mejorado con el uso de provisiones civiles así como provisiones penales.

Restringiendo la legislación del discurso del odio al contexto penal puede limitar su eficacia por varias razones. La aplicación del derecho penal toma el riesgo de que las autoridades públicas puedan abrigar la misma tendencia racial como los agentes del discurso del odio y como resultado puedan socavar la aplicación de la ley. Esto es en particular un peligro en América Latina, donde la policía con frecuencia desalienta a las víctimas de reclamar la discriminación racial. Peor aún, muchas veces los oficiales de policía son perpetradores de discriminación y violencia.<sup>15</sup> Además, el derecho penal trata la discriminación racial como un incidente aislado causado por un actor individual y malo. Ese enfoque distrae la atención necesitada para el racismo sistémico. En consecuencia puede ser útil integrar remedios civiles con los penales.

El contraste entre los contextos civiles y penales es ejemplificado por el caso brasileño de Tiririca, en que el mismo recuento de los hechos fue un exitoso para los demandantes en el tribunal civil pero no en el juzgado de lo penal. Tiririca es un cantante brasileño que en 1996 publicó una canción con la compañía de Música de Sony titulado en portugués “Veja Os Cabelos Dela,” o “Mirale el Pelo.” La canción indicó que las mujeres negras apestan como animales y peor que un zorrillo y que el pelo se parece a una almohadilla de brillo para restregar cacerolas.<sup>16</sup> La ONG feminista negra Criola, y varias otras organizaciones llevaron pleitos contra el cantante y la compañía de Música de Sony en los tribunales penales y civiles. En la acción de juzgado de lo penal, los demandantes archivaron un reclamo del racismo. El demandante perdió porque el juez encontró que no había intención para ofender a las mujeres negras.<sup>17</sup> Como resultado, la canción fue permitida para quedarse en circulación para la venta comercial.

Por contraste, la acción civil tuvo éxito.<sup>18</sup> Los demandantes llevaron un caso de derechos colectivos según la provisión constitucional que indica el objetivo nacional de promover el bien de todo sin prejuicio. El tribunal decidió que el conducto del acusado fue discriminatorio y destinado para provocar sentimientos de humillación en mujeres negras. El tribunal también tomó nota de que cómo el cantante Tiririca era un artista popular para niños (televisado nacionalmente con un disfraz de payaso) el insultar y el contenido injurioso de la canción fueron también perjudiciales a la formación de juventud negra. Para la compensación

15 Daniel M. Brinks, THE JUDICIAL RESPONSE TO POLICE KILLINGS IN LATIN AMERICA: INEQUALITY AND THE RULE OF LAW 49-54(2008); Michael J. Mitchell and Charles H. Wood, Ironies of Citizenship: Skin Color, Police Brutality, and the Challenge to Democracy in Brazil, 77 SOCIAL FORCES, 1001-1020 (Mar. 1999).

16 EDWARD E. TELLES, RACE IN ANOTHER AMERICA: THE SIGNIFICANCE OF SKIN COLOR IN BRAZIL 154 (2004).

17 23 Vara Criminal do Rio de Janeiro, 18/02/1998, Juiz Carlos Flores da Cunha.

18 Constituição Federal do Brasil, Art. 3, IV.

para los daños morales de dolor y sufrimiento colectivos, el Tribunal ordenó el pago de 300.000 reais además de los honorarios de abogado y costos. El pago monetario fue dirigido hacia la creación de programas de aprendizaje contra la discriminación para los jóvenes difundidos por radio, por televisión, en el cine, y por material impreso para escuelas de enseñanza primaria en el estado.

En resumen, el contexto penal con su amenaza de encarcelamiento, puede inhibir el consentimiento judicial de las expresiones racistas legalmente procesables porque ellos son una característica predominante de la cultura. En el contexto civil, la ausencia de la característica de encarcelamiento, permite a los jueces considerar perspectivas modernas acerca de la igualdad racial que deben hacer procesable lo que ha sido históricamente predominante pero invisible como la “cultura.” Una armazón civil puede proporcionar teorías más amplias de discriminación y estándares evidentes menos pesados.<sup>19</sup>

Asimismo, el erudito legal Richard Delgado propone una acción de delito civil para insultos raciales.<sup>20</sup> Delgado sugiere que mientras un insulto racial sí es ciertamente un acto de discriminación racial, muchos tribunales quizás estén vacilantes a imponer las sanciones de leyes raciales de discriminación. La opción de una acción de delito civil permite que la víctima rodee el prejuicio potencial de cumplidores del gobierno en el contexto criminal, y también la reticencia de jueces para aplicar las sanciones de derecho penal.

En Australia, una red de leyes federales y estatales prohíbe el discurso del odio en el contexto penal y civil. De hecho, el más extensamente impuesto son las leyes basadas en reclamos civiles.<sup>21</sup> Mas el contexto australiano también advierte contra restringir el discurso del odio al contexto civil, puesto que la preponderancia de hacer arreglos sin acudir a los tribunales e imponer acuerdos confidenciales, limitan el impacto educativo de los casos en el público. Por lo tanto, una gama de intervenciones legales debe ser integrada en la lucha contra el discurso del odio y sus efectos destructivos en la igualdad racial. “Los racismos son un conjunto de conductas adquiridas de que se puede liberar, y la ley es el medio por el cual el estado proporciona típicamente estímulos para cambios en la conducta”.<sup>22</sup> El contexto del discurso del odio es un contexto ideal para estimular los cambios necesarios para la igualdad racial.

19 Seth Racusen, “A Mulato Cannot be Prejudiced:” The Legal Construction of Racial Discrimination in Contemporary Brazil (2002) (unpublished Ph.D. dissertation, Massachusetts Institute of Technology).

20 Richard Delgado, Words That Wound: A Tort Action For Racial Insults, Epithets, and Name-Calling, 17 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 133-181 (1982).

21 It’s Not What You Say But the Way That You Say It: Australian Hate Speech Laws and the Exemption of “Reasonable” Expression, 36 FLA. ST. U. L. REV. 23, 28 (2008).

22 Matsuda, supra note 7, at 3



## “Hate Speech” & Racial Discrimination in Latin America

**Tanya Katerí Hernández**

“Hate speech” expresses, advocates, encourages, promotes or incites hatred of a group of individuals distinguished by a particular feature or set of features, whom are targeted for hostility.<sup>1</sup>

While the English language term “hate speech” is often used as a term of art within Latin American legal publications, commentators appear to use “hate speech” and “discurso del odio” interchangeably. Regardless of which term is used, it is a concept that is globally understood and widely prohibited.<sup>2</sup> The widespread objection to hate speech is reflected in the international law landscape. The United States stands as the extreme exception of a jurisdiction with such an absolutist approach to free speech, that much of hate speech is in large measure tolerated.<sup>3</sup>

### **Hate Speech and International Law:**

International law specifically prohibits hate speech. The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (“CERD”), a multilateral human rights treaty adopted by the United Nations General Assembly in 1965, explicitly opposes the manifestation of racist hate speech. Article 4 of CERD provides that states shall criminalize the dissemination of all ideas based on racial superiority or hatred. In addition, states must prohibit all organizations that “promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities an offense punishable by law”. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, has stated that when the CERD was adopted, Article 4 was seen as “central to the struggle against racial discrimination”.<sup>4</sup> Similarly, Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)

1 Bhikhu Parekh, Hate Speech: Is There a Case for Banning? 12 PUB. POL’Y. RES. 213-223 (2006).

2 Jurisdictions which have laws prohibiting hate speech include but are not limited to: Canadian Crim. Code § 319(2); Croatian Penal Code Art. 174; Denmark Penal Code § 266B; Finnish Penal Code Chap. 11, § 8; German Constitution GG art. 5(2) (F.R.G.); Icelandic Penal Code Art. 233a; Art. 269 Hungary Penal Code; New Zealand Human Rights Act of 1993 § § 61 & 131; Norwegian Penal Code § 135a; Serbian Penal Code § 317; South Africa Act No. 4, Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act; Swedish Penal Code Chap. 16 § 8; United Kingdom Race Relations Act, 1965, c. 73 § 6(1), amended in 1976 and 1986.

3 Guy E. Carmi, Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech, 26 B.U. Int’l L.J. 277 (2008) (comparing the “American Exceptionalism” of the United States unparalleled protection of freedom of expression to the majority of jurisdictions like Germany that restrict free speech to promote the protection of human dignity).

4 General Recommendation XV (42) on Article 4 of the CERD, “Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies,” U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1, at §§ 1, 3 (p. 68).

provides that “any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.” Furthermore, there has also been the development of a customary international law against hate speech.<sup>5</sup>

### Hate Speech Harms:

The widespread consensus about the illegality of hate speech is influenced by the significant harms that it causes. When hate speech is permitted to be propagated, it encourages a social climate in which particular groups come to be denigrated and their discriminatory treatment accepted as normal. It creates discord in the community, harms the target group, and infringes equality.<sup>6</sup> For instance, the knowledge that anti-Semitic hate propaganda was clearly connected to the rise of Nazism, informed the development of the international laws against hate speech.<sup>7</sup> In short, hate speech directly implicates a nation-state’s pursuit of racial equality.

In fact, it has been noted that political discourse and elections become healthier and more moderate in jurisdictions that enact hate speech legislation (like England, Germany, Austria, the Netherlands, India and South Africa).<sup>8</sup> This is because there is little social value in racist speech whose basic purpose is to degrade others, deny them their identity as human beings, exclude them from entitlements of the basic social and constitutional covenant, and to expose them to violence. By denying human dignity to some people, hate speech attacks the very basis of democratic systems.<sup>9</sup>

In Latin America, racist speech about Afro-descendants facilitates the social exclusion of Afro-descendants. In addition, to the term “negro” (black) being derogative, Afro-descendants are stereotyped and referred to as inherently criminal, intellectually inferior, overly sexual, and animalistic.<sup>10</sup> Because the racialized stereotypes of Afro-descendants are so pervasive, they are commonly understood to smell like animals and in particular monkeys. The racialized perspectives are so embedded in the social fiber of Latin American societies, that their subordinated status in society is naturalized and viewed as logical. As a result, more State parties in the region are considering hate speech laws.

5 Mariana Mello, Notes & Comments, *Hagan v. Australia: A Sign of the Emerging Notion of Hate Speech in Customary International Law*, 28 LOY. L.A. INT’L & COMP. L. REV. 365-378 (2006).

6 *Regina v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697 (1990) (Canada Supreme Court).

7 Mari J. Matsuda, Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story, in *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT* 17, 27 (Mari J. Matsuda et al. eds. 1993).

8 Parekh, *supra* n 1.at 218.

9 Friedrich Kubler, *How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights*, 27 HOFSTRA L. REV. 335, 364 (1998).

10 Peter Wade, “Afro-Latin Studies: Reflections on the Field,” *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, 1 (April 2006), 105-124.



## Latin American Hate Speech Laws:

Two examples of literal legislative compliance with the international law norms against hate speech can be found in Cuban and Ecuadorian domestic laws. Article 295 of the Cuban Penal Code criminalizes “el que difunda ideas basadas en la superioridad u odio racial o cometa actos de violencia o incite a cometerlos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.” Article 212.4 criminalizes “el que, por cualquier medio, difundiere ideas basadas en la superioridad o en el odio racial”. In both Cuba and Ecuador the sanction for a hate speech infraction is the same as that for an act of racial discrimination, 6 months to 2 years of imprisonment or a fine, or both, and 6 months to 3 years of imprisonment, respectively. Even though the Venezuelan Penal Code does not specifically refer to race-based hate speech, Article 286 outlaws “el que públicamente, excitare al odio de unos habitantes contra otros,” with a sanction of 45 days to 6 months of imprisonment.

While Brazil does not have an explicit hate speech legislative provision, its Federal Supreme Court has interpreted the anti-discrimination law to also prohibit racist hate speech. In 2003, the Federal Supreme Court recognized a prohibition against hate speech in the prosecution of Siegfried Ellwanger, for practicing racism when he published books that were anti-semitic and falsely denied the existence of the holocaust.<sup>11</sup> The Court noted that free speech is not absolute, and that publishing books with discriminatory ideologies is racism that free speech will not tolerate.

Brazil’s penal code provision regarding racism states that to practice, induce, or incite discrimination or prejudice based upon race, color, ethnicity, religion or national origin, is punishable by 1 to 3 years imprisonment and a fine.<sup>12</sup> This law is distinct from Brazil’s “injúria racial,” which is a crime against honor like that of defamation, in which the dignity of a specific individual is targeted and harmed.<sup>13</sup> In contrast, the crime of racism targets an undetermined number of persons in its public exclusion of an entire race or color. For that reason, unlike “injúria racial,” the crime of racism is not subject to a prescription period and is a non-bailable offense. With “injúria racial” a judge has discretion to suspend the 1 to 3 year jail sentence, and the claim is subject to an 8 year prescription period.

With the 2003 Ellwanger case as a guidepost, Brazil’s hate speech proscription has been extended to the venue of the internet as well. In 2006, Google was ordered to provide government prosecutors data that could help them identify users accused of taking part in online communities (of Google’s social networking site called

11 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no. 82.424-2. Relator min. Maurício Corrêa. Acórdão de 19.09.2003.

12 Lei 7716/89, artigo 20.

13 Artigo 140, § 3 Código Penal Brasileiro.

Orkut) that encourage racism, pedophilia and homophobia.<sup>14</sup> Google went on to agree to remove Orkut member submissions from the internet that the Brazilian prosecutors classified as illegal content.

While other Latin American countries could certainly utilize the Brazilian approach of prosecuting hate speech under preexisting anti-discrimination laws, there would be much uncertainty in application for victims of hate speech with such an approach. Furthermore, it is imperative to provide clear legislative mandates against hate speech because of: 1) the significant societal harms which emanate from hate speech, and 2) the international law directives requiring such legislation.

### **Legislation Drafting Considerations: Civil vs. Criminal Provisions**

Because of its great symbolic power, a ban on hate speech can easily become an end in itself rather than part and parcel of an overarching policy against racism. It is thus centrally important to enact hate speech legislation that focuses on its anti-discrimination role rather than viewing it as an anti-defamation inspired law or simply as a dignitary harm. The anti-discrimination role of hate speech legislation would also be enhanced by incorporating civil as well as criminal code provisions.

Restricting hate speech legislation to the criminal code context may limit its efficacy for a number of reasons. Entrusting the enforcement of the criminal law to public authorities, risks having the law undermined by the complacent inaction of public authorities who may harbor the same racial bias as the agents of hate speech. This is a particular danger in Latin America, where police officers are consistently found to discourage victims from filing racial discrimination complaints, and are often the perpetrators of discrimination and violence themselves.<sup>15</sup> In addition, the criminal law focus on racial discrimination as isolated incidents caused by individual bad actors, distracts needed attention away from systemic racism. Accordingly, it may be useful to incorporate civil remedies as well.

The contrast between the civil and criminal contexts is best exemplified by the Brazilian case of Tiririca, in which the same fact pattern of hate speech yielded a success for the plaintiffs in the civil court but not in the criminal court. Tiririca is a Brazilian singer who in 1996 released a song with the Sony Music company entitled “Veja os Cabelos Dela” (“Look at Her Hair.”) The song stated that black women stink like animals and worse than a skunk and that their hair looks like a

<sup>14</sup> Ellen Nakashima, “Google to Give Data to Brazilian Court” Washington Post Sept. 2, 2006.

<sup>15</sup> Daniel M. Brinks, *THE JUDICIAL RESPONSE TO POLICE KILLINGS IN LATIN AMERICA: INEQUALITY AND THE RULE OF LAW* 49-54(2008); Michael J. Mitchell and Charles H. Wood, *Ironies of Citizenship: Skin Color, Police Brutality, and the Challenge to Democracy in Brazil*, 77 *SOCIAL FORCES*, 1001-1020 (Mar. 1999).



brillo pad for scrubbing pans.<sup>16</sup> The black feminist NGO Criola, and a number of other social justice organizations filed lawsuits against the singer and Sony Music company in both criminal and civil court. In the criminal court action, the plaintiffs filed a complaint of racism. The plaintiff lost because the judge found that there was no intent to offend black women.<sup>17</sup> As a result, the song was allowed to remain in circulation for commercial sale.

In contrast, the civil court action filed pursuant to the constitutional provision stating the national objective of promoting the well being of all without prejudice, was successful.<sup>18</sup> The court held that the defendant’s conduct was discriminatory and meant to provoke feelings of humiliation in black women.<sup>19</sup> The court also took note that because the singer Tiririca was a popular entertainer for children (nationally televised in a clown costume) the insulting and injurious content of the song was also prejudicial to the formation of black youth. As compensation for the moral damages of collective pain and suffering, the court ordered payment of 300,000 reais in addition to attorney’s fees and costs. The monetary payment was directed towards the creation of educational anti-racism youth programs disseminated through radio, television, film, and printed materials for elementary schools in the state.

In short, the criminal context with its threat of imprisonment, can inhibit the judicial willingness to make racist expressions legally actionable because they are a predominant feature of the culture. In the civil context, the absence of the imprisonment feature, enables judges to consider how modern perspectives about racial equality should make actionable what has been historically prevalent but invisible as “culture.” A civil framework can provide broader theories of discrimination and less burdensome evidentiary standards.<sup>20</sup>

Similarly, legal scholar Richard Delgado proposes a tort action for racial insults.<sup>21</sup> Delgado suggests that while a racial insult is itself certainly an act of racial discrimination, many courts might be hesitant to impose the sanctions of racial discrimination laws. The option of a tort suit permits the victim to circumvent the potential bias of government enforcers in the criminal context, and the reticence of judges to apply the sanctions of criminal law. In Australia, a network of state and federal laws prohibit hate speech in both the criminal and civil context. In fact, the most widely enforced are those that are civil complaints-based laws.<sup>22</sup>

16 EDWARD E. TELLES, RACE IN ANOTHER AMERICA: THE SIGNIFICANCE OF SKIN COLOR IN BRAZIL 154 (2004).

17 23 Vara Criminal do Rio de Janeiro, 12 outubro. 2007.

18 Constituição Federal do Brasil, Art. 3, IV.

19 Embargos Infringentes no. 2005.005.00060, CEAP v. Sony Music Entertainment Brasil, 11 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro, Acórdão de 28 sept. 2008.

20 Seth Racusen, “A Mulato Cannot be Prejudiced:” The Legal Construction of Racial Discrimination in Contemporary Brazil (2002) (unpublished Ph.D. dissertation, Massachusetts Institute of Technology).

21 Richard Delgado, Words That Wound: A Tort Action For Racial Insults, Epithets, and Name-Calling, 17 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 133-181 (1982).

22 It’s Not What You Say But the Way That You Say It: Australian Hate Speech Laws and the Exemption of



Yet, the Australian context also cautions against restricting hate speech to the civil context, inasmuch as the preponderance of out-of-court settlements and confidential conciliation proceedings, limit the educative impact of the cases on the public. Therefore, a range of legal interventions should be incorporated into the struggle against hate speech and its deleterious effects on racial equality. “Racisms as an acquired set of behaviors can be disacquired, and law is the means by which the state typically provides incentives for changes in behavior.”<sup>23</sup>

---

“Reasonable” Expression, 36 FLA. ST. U. L. REV. 23, 28 (2008).

<sup>23</sup> Matsuda, *supra* note 7, at 38.



## Comentarios a la Presentación de Tanya Katerí Hernández

### M'baré N'gom

Aprovecho la oportunidad para expresar mi agradecimiento a la Profesora Tanya Hernández por una presentación tan iluminadora sobre el racismo y una de sus plataformas de difusión: el discurso del odio. Por muy paradójico que parezca, el discurso del odio está presente en los ámbitos público y popular e incluso, en algunos casos, institucional, si nos apuran. Es un discurso a veces explícito y protegido por la constitución de países como los Estados Unidos de Norteamérica, como el que promueve el Ku Klux Klan(KKK); otras veces es implícito a través de lo que los franceses llaman “le racisme quotidien”. Como constata muy bien la Profesora Hernández enero 2010), en el caso de América Latina, “The racialized perspectives are so embedded in the social fiber of Latin American societies, that their subordinated status in society is naturalized and viewed as logical”. El discurso del odio forma parte de la cotidianeidad en tanto y en cuanto media y define el comportamiento diario de individuos y, en algunos casos, permea el espacio institucional. Se da la paradoja que en algunas instancias, de que es una práctica internalizada por ambas partes, es decir tanto de los que lo producen como de las víctimas. En este sentido, el discurso del odio trasciende el ámbito de lo social cotidiano, familiar y familiar, e institucional para convertirse, además, en un problema político y económico serio que requiere que se le dedique una atención sostenida y sistemática. Como afirma la Profesora Hernández (enero 2010), “There is little social value in racist speech”. En efecto, el discurso racista o del odio, o la negación del mismo, no aporta nada positiva a la sociedad en general. No sólo es un atentado contra la dignidad de las víctimas, sino también contra sus derechos como ciudadano. Además, contribuye a minar los fundamentos básicos de la sociedad y de la democracia, ya que provoca la fragmentación social al tiempo que representa una seria y constante amenaza contra el tejido social porque genera tensión y desconfianza. En vez de apoyarse en la diversidad como fuente de enriquecimiento cultural y de consolidación de la ciudadanía y de la democracia, el discurso del odio se vale de la diversidad para dividir y crear una otredad problemática. Es, pues, un discurso que niega plena ciudadanía y restringe derechos porque está construido y configurado de tal forma que impide un diálogo cívico y civil entre los ciudadanos. El sistema que manejan las élites es otra de las fuentes que favorecen la discriminación y, por ende, la emergencia de espacios donde ese discurso racista tiene cabida. En efecto, como observa Tedeum Van Dijk, ese sistema construye estructuras específicas monolíticas que promueven “rutinas burocráticas que contribuyen a la marginación de los demás”.

La Profesora Hernández demuestra con mucha elocuencia, como el Derecho Internacional a través de varios mecanismos jurídicos prohíbe de forma tácita cualquier forma de expresión discriminatoria. Cita como ejemplo el CERD (Convention on

the Elimination of All Forms of Racial Discrimination). En el caso que nos ocupa aquí, muchos países de América Latina y del Caribe han suscrito convenios internacionales sobre/contra la discriminación racial y la marginación, entre los cuales destacan:

El Convenio No 111 de la OIT-Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de 1958;

Convenio Relativo a la Luchas contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 1960;

Convenio Internacional sobre la Discriminación y todas las formas de Discriminación Racial, 1965;

Y más recientemente La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban 2001)

A nivel continental o hemisférico, se puede citar acuerdos y/o convenios como,

*Carta Andina para Promoción y Protección de los Derechos Humanos;*

*La Relatoría Especial Sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y sobre la Discriminación Racial* (2005), entre otros

Por otro lado, varios países de América latina y del Caribe han aprobado leyes y firmado decretos regulando y penalizando distintos aspectos sobre la discriminación. Argentina, por ejemplo, aprobó dos leyes importantes al respecto: la ley 23592 *Sobre los Actos discriminatorios* de 1988, y la ley 24515 fundando el *Instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia* de 1995. En Colombia, además de la *Ley 70* de 1993, o *Ley de las Comunidades Negras*, se aprobaron 13 decretos entorno a ese tema entre 1993 y 2008; Costa Rica, quizás uno de los países pioneros aprobó el *Decreto 4230 sobre Penalización de Actos Discriminatorios* en 1968, y en 1970, la *Ley 2694* o *Ley Anti-Discriminación*; y México en 2003, *la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, por citar algunos casos.

Sin embargo, el gran reto es la articulación y aplicación de los mismos a nivel nacional que se enfrenta a diversos obstáculos por varias razones. Si bien la gran mayoría de esos países han firmado convenios y aprobado leyes que condenen prácticas discriminatorias en base a la raza, la etnia o la orientación sexual del individuo, y sus instituciones legislativas los han aprobado y ratificado, la aplicación de los mismos ha resultado problemática por la falta de medidas sistemáticas de acompañamiento. Primero, es importante promover el diálogo nacional, así como la discusión de estrategias para combatir el racismo a nivel primario, es decir comunitario, y crear instrumentos (legislativos y ejecutivos) de promoción de igualdad racial. Para ello, es preciso que el estado y sus constituyentes reconozcan públicamente que existe un problema, y que las practicas discriminatorias y las



actitudes intolerantes no solo son factores que pueden contribuir a la desigualdad, sino que contribuyen a la situación precariedad en la que viven esos ciudadanos discriminados. En efecto, se pueden firmar, aprobar y ratificar todas las leyes contra la discriminación habidas y por haber, pero sin esfuerzos institucionales activos y sistemáticos, a nivel local, regional, provincial y nacional, esas medidas e iniciativas de acompañamiento resultarían vanas e inútiles. Mas allá del aspecto civil y penal, es menester educar y sensibilizar a la ciudadanía y como no, a los mismos agentes públicos. Se trata de promover la participación de las autoridades tanto local como regional para obtener de ellos el compromiso y apoyo en la implementación de las políticas públicas alcanzadas por la ciudadanía.

En este sentido, la campaña institucional de educación y sensibilización adoptada por el gobierno federal de Brasil, con el lema de “Brasil um país de todos” con colores muy llamativos que aparece en casi todas las iniciativas del gobierno federal (publicaciones, eventos públicos, institucionales, etc.), así como los programas de lucha contra el racismo institucional (PCRI) se enmarcan dentro de ese proceso de sensibilización y educación. En Colombia, la municipalidad de Bogotá, ha diseñado un plan llamado *El plan de desarrollo económico, social y de obras públicas para Bogotá DC 2004-2008. Bogotá sin indiferencia, un compromiso social contra la pobreza y la exclusión*, adoptado en junio del 2004, merece todo el apoyo de todos. En su artículo I, reza:

*Un Compromiso Social Contra la Pobreza y la Exclusión” se fundamenta en la construcción de las condiciones para el ejercicio efectivo, progresivo y sostenible de los derechos humanos integrales, establecidos en el pacto constitucional y en los convenios e instrumentos internacionales y con énfasis en la búsqueda de la pronta efectividad de los niveles básicos de tales derechos. Para avanzar en la garantía de los derechos humanos y disminuir las desigualdades injustas y evitables, en el marco del Estado Social de Derecho, el gobierno propiciará la creación y la redistribución de la riqueza; reconocerá las diferencias generacionales, étnicas, culturales, de género, de oportunidades y de capacidades; y hará de la calidad de vida el referente principal de la acción del Estado. En esta perspectiva, la gestión pública actuará de manera integrada y participativa, y comprometerá a la sociedad en la superación de la pobreza sobre la base de la corresponsabilidad de los ciudadanos y las ciudadanas.*

En conclusión, es preciso resaltar que el discurso del odio es un ataque frontal a las instituciones del estado de derecho y a la democracia, ya que mina las bases de la igualdad racial y, por ende, los derechos inherentes de los ciudadanos que lo experimentan. Es una práctica que no contempla la existencia de un espacio común de encuentro y de diálogo dentro de los diferentes niveles de diversidad que conforman la realidad nacional correspondiente y que incluye, entre otros, el derecho a la diferencia en términos de género, de orientación sexual y de pertenencia étnica dentro del marco de lo que Evalina Dagnino (2006) llama “el derecho de tener derechos”. La incorporación e integración de los afrodescendientes y de otros grupos étnicos como agentes generadores de discursos propios y de Historia propiciará la

emergencia de una sociedad marcada por lo que Evelina Dagnino llama «culture of rights» [una cultura de derechos]. Esa cultura implica una sociedad donde las diferencias puedan interactuar, complementarse y enriquecerse mutuamente en la construcción de una sociedad más justa. Es decir, un espacio donde todos los constituyentes tengan el mismo nivel e intensidad de derechos, de ciudadanía y de voz. Para ilustrar y concluir nuestra argumentación, citaremos del libro *Derechos Humanos y Población Afrodescendiente Peruana* (2008), publicado por el Centro de Desarrollo Étnico (CEDET) de Lima, que reza:

“Los derechos humanos en general, la lucha contra el racismo, la discriminación y la exclusión, en particular, necesitan de la intervención efectiva del Estado, y de una educación integral que incorpore estos contenidos que se transformen en valores permanentes. Esto dentro de un ámbito participativo, pues en la mayoría de los casos las deficiencias en el ejercicio de los derechos humanos no son sólo por una intencionalidad del que los incumple, sino también por la permisividad del que permite que se vulneren sus derechos porque no sabe que los tiene.”

### Referencias bibliográficas

Alcaldía de Bogotá. *El plan de desarrollo económico, social y de obras públicas para Bogotá DC 2004-2008. Bogotá sin indiferencia, un compromiso social contra la pobreza y la exclusión*, junio del 2004.

Centro de Desarrollo Etnico(CEDET). 2008. *Derechos Humanos y Poblacion Afrodescendiente Peruana*. Lima: CEDET.

Dagnino, Evelina. 2006 «Meanings of Citizenship in Latin America». En: *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies* Vol. 31, N° 62, pp. 15-52.

Van Dijk, Teun. 2005 *Racism and Discourse in Spain and Latin America*. John Benjamin Publishers.







## II. Presentaciones y Comentarios de los Panelistas

# Conclusiones

## Conclusiones del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas

### Roberto Rojas Dávila

Buenas tardes señoras y señores:

Es un honor para mí realizar las conclusiones del Primer Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas, el cual ha reunido a expertos y expertas de un gran nivel y con mucha experiencia en la temática.

No es nada fácil, resumir en escasos minutos los brillantes planteamientos que hemos escuchado a lo largo de la jornada, así que me limitare a resaltar solamente algunos de ellos.

El Dr. Pastor Murillo, nos argumentó cómo las Acciones Afirmativas o Medidas Especiales están cimentadas en el derecho a la igualdad, y cómo éstas deben servir para enderezar o reparar injusticias históricas, discriminaciones sociales-estructurales, entre otros. Diversos instrumentos internacionales han recogido dicha figura legal y la han institucionalizado.

El Dr. Quesada, nos evidenció que las Acciones Afirmativas o Medidas Especiales son importantes, pero que lamentablemente no han podido solucionar la discriminación estructural hacia las y los afrodescendientes, planteando la importancia de los cambios estructurales y haciendo énfasis en la educación.

En el debate, se resaltó que quizás el problema de las Acciones Afirmativas o Medidas Especiales es que en la mayoría de los países de América Latina que se están adoptando dichos mecanismos se están copiando modelos extranjeros que no se adaptan a su realidad. Por lo tanto, no tienen el mismo impacto que en otros países. En ese sentido, que se señaló la importancia de implementar las Acciones Afirmativas tomando en cuenta las realidades de los países de América Latina.



El Dr. Cottrol, nos planteó que la manera más efectiva de eliminar la discriminación racial es a través del combate a la discriminación en el empleo, ilustrándonos acerca del proceso histórico estadounidense, además de su planteamiento de la creación de un bufete de abogados privados que se encarguen del litigio de casos de discriminación racial de manera profesional y solvente. Destacó además la importancia de tener datos estadísticos desagregados que permitan demostrar la discriminación racial y que permita la creación de Acciones Afirmativas eficientes a favor de las y los afrodescendientes.

La Sra. Morrison nos manifestó que la falta de oportunidades educativas y laborales es el principal obstáculo para el combate de la discriminación racial en las Américas. Incluso en el caso de las y los afrodescendientes que tienen acceso a educación superior, éstos y estas tienen serios impedimentos para su inserción laboral por causa de la discriminación racial, afirmando que el color de la piel sigue siendo uno de los predictores más importantes de éxito. Por lo que señaló la necesidad de promover en los sistemas judiciales la capacitación jurídica y la educación que familiarice a los nuevos jueces y abogados con la complejidad de los casos de discriminación racial.

En el debate, se resaltó que quizás el problema de la discriminación en el empleo se pueda solucionar con la participación en conjunto con las empresas privadas, las cuales deberían promover la inclusión y la diversidad al interior de las mismas, teniendo políticas de contratación a favor de la diversidad.

El Dr. Silva, nos explicó cómo la inversión de la carga de la prueba es una herramienta para generar la igualdad del ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales, sin crear derechos separados y con preocupación por el carácter temporario de esas medidas. Señaló además la existencia de la institución de la inversión de la carga de la prueba en el Sistema Jurídico Brasileño, específicamente en las relaciones de consumo, a favor del consumidor, y en algunos aspectos de las relaciones de trabajo, a favor del empleado, por lo que este instrumento procesal puede ser utilizado perfectamente en actos de discriminación racial ya que apunta a impedir el desequilibrio de la relación jurídica.

La Dra. Romany, nos narró su experiencia como Presidenta del Colegio de Abogados de Puerto Rico y como litigante en casos de discriminación racial. Analizó cómo las y los jueces tienen serios problemas al momento de deliberar casos de discriminación racial, esto por estar inmersos en una cultura que niega el racismo y la diversidad étnica y cultural de los países. En ese contexto, planteó la importancia de tener cursos en las facultades de Derecho y en los Colegios de Abogados que aborden la temática.

La Dra. Hernández, nos definió el concepto de Hate Speech o Discurso del Odio, señalando que el Derecho Internacional prohíbe específicamente el discurso del odio y los daños que dicho discurso produce en las sociedades, particularmente hacia las y los afrodescendientes. Hizo hincapié que las sanciones penales no son



el único camino para la eliminación del discurso odio sino que considera que la manera más efectiva es a través de la responsabilidad civil, existiendo mayor posibilidad que los jueces impongan sanciones.

El Dr. M'baré N'gom, nos mostró de qué manera el discurso de odio forma parte de la cotidianidad, definiendo el comportamiento de nuestras sociedades incluso dentro de nuestras instituciones, siendo interiorizado y naturalizado por parte de los victimarios y las propias víctimas. Destacó además que la mayoría de Estados han ratificado y firmado convenios internacionales que prohíben el discurso de odio. Sin embargo, poco o nada se ha hecho para acatar e implementar normas que sean efectivas para eliminar dicho discurso. Es por ese motivo, que planteó el establecimiento de diálogos nacionales que permitan reconocer la existencia de la discriminación racial para que luego se puedan realizar esfuerzos institucionales que contribuyan a la eliminación del discurso de odio a través de la sensibilización y la educación.

En resumen, todo lo expuesto durante el Taller hace hincapié en la implementación de Medidas Especiales para eliminar la discriminación racial y promover la inclusión real de las y los afrodescendientes en la región, que según cifras de diferentes organismos internacionales asciende en promedio a 200 millones de personas en las Américas. Lo expuesto en este día refuerza la importancia de seguir debatiendo la temática afrodescendiente en los diferentes foros internacionales y nacionales, y sobre todo, visibiliza la necesidad de generar políticas públicas efectivas para el desarrollo y la inclusión de las y los afrodescendientes en nuestros países, lo cual reforzaría la gobernabilidad democrática en las Américas.

Finalmente, las y los invito a seguir en contacto con nosotros y entre ustedes, para que podamos seguir aportando al debate sobre esta tan importante temática.

¡Muchas gracias!





## Anexos

### Informe Final del Relator del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas

**Roberto Rojas Dávila**

#### **I. Antecedentes**

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), desde hace algún tiempo se ha venido involucrando activamente en la temática afrodescendiente. Concretamente, el Departamento de Derecho Internacional se encuentra implementando actualmente un “Proyecto para la incorporación de la temática sobre afrodescendientes en las políticas y programas de la OEA”, el cual tiene una duración inicialmente prevista de tres años. Este Proyecto contempla específicamente la realización de un conjunto de actividades. Algunas de estas están destinadas a dar una mayor visibilidad al tema dentro de la OEA y sus distintos órganos, así como en el marco del proceso de Cumbres. Es decir, apuntan a los Órganos del Sistema Interamericano. Otras, sin embargo, se dirigen a potenciar a la sociedad civil vinculada a la temática afrodescendiente por medio de estrategias de capacitación (sobre todo en lo que se refiere a los derechos de los afrodescendientes y otros estándares legales que los amparan), empoderamiento y participación en diversas actividades, como cursos, talleres de formación, etc.

Es en ese contexto, que se realizó el Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas, el cual tuvo como objetivo la elaboración de un instrumento de carácter técnico-legal que pudiera luego ser empleado por los Órganos del Sistema Interamericano, así como por representantes y activistas de la sociedad civil afrodescendiente y otros actores interesados.

## II. Desarrollo del Taller

El Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas contó con la presencia de prestigiosos/as ponentes y comentaristas de varios países de la región, siendo la mayoría de ellos/as profesores de Derecho de distinguidas universidades. El Taller permitió dar una mayor visibilidad a la temática afrodescendiente, y posibilitó el intercambio de ideas y un diálogo abierto sobre la misma.

A continuación, se ofrece una síntesis sobre algunos de los aspectos abordados en el Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas. Pueden consultarse las presentaciones íntegras de los panelistas en los distintos capítulos que componen el presente volumen.

### **a. Acto de Apertura del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas**

El Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas comenzó a las 09:45 am del día 22 de enero de 2010, en la Sala de Reuniones – 222 del Edificio Administrativo de la Organización de los Estados Americanos – OEA, y se desarrolló de conformidad al programa definitivo del taller, el cual se acompaña al presente informe .

El Dr. Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, abrió la sesión dando la bienvenida a los participantes del taller. Agradeció a los/as ponentes y comentaristas del mismo por el valiosísimo apoyo y cooperación que brindaron para la organización del Taller. Señaló que el Departamento de Derecho Internacional viene llevando acciones en pos de dar una mayor visibilidad a la temática afrodescendiente.

A continuación, el Dr. Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos – OEA, hizo uso de la palabra para agradecer la presencia de los/as ponentes y comentaristas, y desear una jornada productiva a las y los participantes.

Seguidamente, el Dr. Diego Moreno, oficial jurídico del Departamento de Derecho Internacional vinculado al Proyecto Afrodescendiente, realizó unos agradecimientos al equipo de trabajo que estuvo en la organización del taller, así como a los/as ponentes y comentaristas. También dio las pautas metodológicas del mismo.



## **b. Presentaciones de los/as ponentes y comentaristas**

### **b.1 Medidas de Acción Afirmativa o Medidas Especiales: Insumos para el debate con miras a la formulación de una Convención Interamericana para la Eliminación de Toda forma de Racismo y Discriminación .- Pastor Murillo Martínez – Experto Independiente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas – CERD (Colombia)**

El primer panel se inició con la presentación del Dr. Pastor Murillo Martínez, Experto Independiente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas. La exposición del Dr. Murillo abordó la temática de las Acciones Afirmativas o Medidas Especiales, analizó el concepto de Acciones Afirmativas o las Medidas Especiales, así como los argumentos a favor y en contra de las mismas. Luego presentó los fundamentos jurídicos de las Acciones Afirmativas o Medidas Especiales, señalando que el mayor argumento para las mismas es el derecho a la igualdad, el cual deber servir para enderezar o reparar injusticias históricas, discriminaciones sociales-estructurales, entre otros. Finalmente compartió una iniciativa relevante al Proyecto de Convención Inter-Americana contra el Racismo y Toda forma de Discriminación e Intolerancia, la cual está expresada en las recomendaciones de la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal.

### **b.2 Comentarios de Carlos Quesada – Director para América Latina de Global Rigths Partners for Justice (Costa Rica)**

El Dr. Quesada resaltó que en el contexto de las Conferencias de Santiago y Durban (Conferencia Preparatoria de las Américas para la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia y la III Conferencia Mundial contra el Racismo, respectivamente) se recobra con gran fuerza las Acciones Afirmativas y Políticas de Acción Afirmativa. Dio algunos ejemplos de Acciones Afirmativas en las Américas, concluyendo que lamentablemente las éstas no han logrado acabar con el problema estructural, que es la naturaleza misma de la discriminación racial, por lo que se tienen que generar cambios estructurales.

### **b.3 Robert. J Cottrol – Profesor de Derecho, Historia y Sociología de la George Washington University ( EE.UU.)**

El segundo panel se inició con la presentación del Dr. Robert J. Cottrol – Profesor de Derecho, Historia y Sociología de la George Washington University. La exposición del Dr. Cottrol se centró en sus planteamientos de cómo desarrollar herramientas más efectivas para la lucha contra la discriminación racial. En su presentación destacó la importancia del combate a la discriminación en el empleo, ya que ésta resulta de suma importancia para la inclusión social de las y los afrodescendientes

en la región, subrayando que la mayoría de éstos no están situados en puestos directivos y sus salarios son ínfimos, incluso son excluidos de los servicios al cliente ya que no cumplen con el requisito de lo denominado “buena apariencia”. En ese sentido, el Dr. Cottrol hizo un análisis histórico y jurídico de la Ley de Derechos Civiles de los Estados Unidos de Norteamérica de 1964, centrándose en el Título VII, sus enmiendas legislativas y las interpretaciones a los mismos por parte de los tribunales. Como aporte, el Dr. Cottrol expuso la posibilidad de desarrollar un bufete de abogados privados en América Latina que se especialicen en temas de discriminación, proponiendo que tengan un mismo régimen que los abogados privatistas a fin de incentivarlos a aceptar trabajar en casos de discriminación. También señaló la importancia de que los países de América Latina cuenten con datos estadísticos oficiales que sirvan para demostrar la discriminación racial, así como para el desarrollo de acciones afirmativas, y sobretodo, que tengan en claro quiénes serán los beneficiarios de dichas acciones.

#### **b.4 Comentarios de Judith Morrison – Asesora Técnica Principal (SCL/GDI) del Banco Interamericano de Desarrollo – BID (EE.UU.)**

La Sra. Morrison destacó que la discriminación laboral es una de las formas persistentes de polarización en América Latina. Resaltó además que estimaciones recientes sugieren que el PIB (Producto Interno Bruto) de algunos países de América Latina podría aumentar hasta un tercio con la plena incorporación de los descendientes de africanos y los pueblos indígenas en los mercados de trabajo nacionales. Afirmó que el color de la piel sigue siendo uno de los predictores más importantes de éxito, incluso cuando se controlan otras variables como el acceso a la educación, ingresos del hogar, y nivel educativo de la familia. Finalmente, propuso que los sistemas judiciales promuevan la capacitación jurídica y la educación que familiarice a los nuevos jueces y abogados con la complejidad de los casos de discriminación racial, impulsando a los afrodescendientes en las posiciones de liderazgo en los tribunales para proporcionar apoyo y orientación sobre cómo hacer cumplir las leyes contra la discriminación.

#### **b.5 Hédio Silva Júnior – Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Relaciones de Trabajo y Desigualdades – CEERT ( Brasil)**

El tercer panel se inició con la presentación del Dr. Hédio Silva Júnior – Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Relaciones de Trabajo y Desigualdades – CEERT. La exposición del Dr. Silva abordó la temática de la carga de la prueba en actos de discriminación racial. Analizó el concepto de carga de la prueba, la igualdad ante la ley, así como la responsabilidad civil objetiva por discriminación racial. Argumentó a favor de la inversión de la carga de la prueba y estableció que la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial recoge a la inversión de la prueba como una medida especial encaminada a la igualdad del ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales,



sin crear derechos separados y con preocupación por el carácter temporario de esas medidas. Señalo además que existe en el sistema jurídico brasileño la inversión de la carga de la prueba en las relaciones de consumo, a favor del consumidor, y en algunos aspectos de las relaciones de trabajo, a favor del empleado, por lo que este instrumento procesal puede ser utilizado en actos de discriminación racial, ya que apunta a impedir el desequilibrio de la relación jurídica.

#### **b.6 Comentarios de Celina Romany – Ex – Presidenta del Colegio de Abogados de Puerto Rico y Fundadora del Bufete Celina Romany ( Puerto Rico)**

La Dra. Romany, en base a su experiencia como litigante en casos de discriminación racial y acoso sexual, comentó acerca de las dificultades de llevar estos casos, sobre todo por una falta de sensibilización y conocimiento sobre estos temas por parte de las y los jueces, los cuales están inmersos en una cultura que niega el racismo y la diversidad étnico cultural de los países. En ese contexto, planteó la importancia de la inversión de la carga de la prueba para no dejar impune estos actos. Propuso incluir en la currícula de las facultades de Derecho y en los Colegios de Abogados cursos que aborden la temática afrodescendiente y de discriminación racial.

#### **b.7 Hate Speech / El Discurso del Odio & La Discriminación Racial en América Latina.- Tanya Katerí Hernández – Profesora de Derecho de la Fordham University (EE.UU)**

El cuarto panel se inició con la presentación de la Dra. Tanya Katerí Hernández, Profesora de Derecho de la Fordham University. La exposición de la Dra. Hernández abordó la temática del Hate Speech/ El Discurso del Odio y La Discriminación Racial en América Latina. Analizó el concepto de Hate Speech y Discurso del Odio, señalando que el Derecho Internacional prohíbe específicamente el discurso del odio y los daños que dicho discurso produce en las sociedades, particularmente hacia las y los afrodescendientes, lo que facilita la exclusión social en la que viven. Además, mencionó que algunos países latinoamericanos han incluido en su legislación normas que prohíben el discurso del odio. Sin embargo, consideró que la manera más efectiva para combatir esto es a través de la figura de la responsabilidad civil, existiendo mayor posibilidad que los jueces impongan sanciones por esta vía, señalando al mismo tiempo que esto podría generar algunos cambios necesarios para lograr la igualdad racial.

#### **b.8 Comentarios de M'baré N'gom – Jefe del Departamento de Lenguas y Director del Programa de Maestría en Relaciones Internacionales; Director del Programa Interdisciplinario de Estudios Africanos y del Programa Interdisciplinario de Estudios de América Latina y el Caribe de la Morgan State University ( Senegal)**



En sus comentarios a la presentación de la Dra. Hernández, el Dr. N'gom, afirmó que el discurso de odio forma parte de la cotidianidad, definiendo el comportamiento diario de individuos, y en algunos casos, éste se da en el espacio institucional. Destacó que existe una paradoja en algunas instancias, ya que esta práctica es internalizada por ambas partes (victimario y víctima). Señaló además que la mayoría de Estados han ratificado y firmado convenios internacionales que prohíben el discurso de odio, incluso tienen legislación nacional que penaliza el mismo. Sin embargo, la aplicación ha sido ineficiente, por lo que está convencido que la mejor manera de combatir el discurso del odio es a través de diálogos nacionales que permitan reconocer la existencia del problema de la discriminación racial y realizar esfuerzos institucionales activos y sistemáticos que contribuyan a la eliminación del discurso de odio por medio de la sensibilización y la educación.

### **c. Acto de Clausura del Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas**

El Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas terminó a las 4: 50 pm. del día 22 de enero de 2010. Roberto Rojas Dávila, Consultor del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, expuso las conclusiones de las ponencias y los comentarios.

Finalmente, el Dr. Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, dio por clausurado el taller, agradeciendo a las/os expertos/as, así como a los/as participantes por su presencia. Además, indicó que éste es el primero de una serie de talleres que el Departamento realizará sobre la Temática Afrodescendiente, invitando a los/as presentes a mantenerse en contacto con el Departamento.



## Programa

### Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas

**Departamento de Derecho Internacional  
Secretaría de Asuntos Jurídicos  
Organización de los Estados Americanos**

**Washington, DC, 22 de enero de 2010  
Sede de la Secretaría General de la OEA**

#### Sesión de la mañana

---

9:30 – 10:00	<b>Apertura</b> Palabras del <b>Dr. Dante Negro</b> , Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.  Breves palabras del <b>Dr. Diego Moreno</b> del Departamento de Derecho Internacional de la OEA acerca de la metodología del taller.
10:00 – 10:30	<b>Primer tema: Acciones Afirmativas</b>  <b>Pastor Murillo Martínez</b> , Experto Independiente del Comité de Eliminación de la Discriminación Racial - CERD (Colombia).
10:30 – 10:45	Comentarista  <b>Carlos Quesada</b> , Director del Programa Regional para America Latina de Global Rights Partners for Justice (Costa Rica).
10:45 – 11:00	Preguntas y respuestas
11:00 – 11:15	Coffee break
11:15 – 11:45	<b>Segundo tema: Cómo Desarrollar Herramientas más Efectivas en la Lucha Contra la Discriminación Racial.</b>  <b>Robert J. Cottrol</b> , Profesor de Derecho, Historia y Sociología, George Washington University, (EE.UU.)
11:45 – 12:00	Comentarista  <b>Judith Morrison</b> , Asesora Técnica Principal (SCL/ GDI) del Banco Interamericano de Desarrollo – BID (EE.UU.)
12:00 – 12:15	Preguntas y respuestas

12:15 – 12:30	Conclusiones de la mañana, a cargo de <b>Roberto Rojas Dávila</b> , Consultor del Departamento de Derecho Internacional de la OEA.
12:30 – 2:30	Almuerzo
<b>Sesión de la tarde</b>	
2:30 – 3:00	<b>Tercer tema: La Carga de la Prueba en Actos de Discriminación Racial.</b>  <b>Hédio Silva Júnior</b> , Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Relaciones de Trabajo y Desigualdades - CEERT (Brasil)
3:00 – 3:15	Comentarista  <b>Celina Romany</b> , Ex - Presidenta de la Colegio de Abogados de Puerto Rico y Fundadora del Bufete Celina Romany (Puerto Rico)
3:15 – 3:30	Preguntas y respuestas
3:30 – 3:45	Coffee break
3:45 – 4:15	<b>Cuarto tema: Hate Speech</b>  <b>Tanya Katerí Hernández</b> , Profesora de Derecho, Universidad de Fordham, Nueva York (EE.UU.)
4:15 – 4:30	Comentarista  <b>M'baré- N'gom</b> , Director del Programa Interdisciplinario de Estudios Africanos, Director del Programa Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos y Caribeños, Jefe de Departamento de Lenguas, Morgan State University (EE.UU.)
4:30 – 4:45	Preguntas y respuestas
4:45 – 5:00	Conclusiones de la tarde, a cargo de <b>Roberto Rojas Dávila</b> , Consultor del Departamento de Derecho Internacional de la OEA.
5:00	<b>Clausura</b> Palabras del <b>Dr. Jean-Michel Arrighi</b> , Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA.  Palabras del <b>Dr. Dante Negro</b> , Director del Departamento de Derecho Internacional.



## Hoja de Vida de los/as Ponentes y Comentaristas

### **Pastor E. Murillo Martínez (Colombia)**

Experto Independiente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial – CERD, abogado especializado en Derecho Ambiental y diplomado en Derechos Humanos

Fue Director de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior de Colombia, en dos oportunidades; Asesor y Director Encargado de la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y Asesor de la Dirección de Asuntos Económicos, Sociales y Ambientales Multilaterales de dicho Ministerio; Jefe de Delegación Alterno de Colombia en la Tercera Conferencia Mundial contra el Racismo; Delegado por el Gobierno colombiano en misiones oficiales ante diferentes instancias y foros de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Comunidad Andina de Naciones, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. Actualmente es consultor en asuntos relativos a la población afrodescendiente. Entre sus publicaciones se encuentran: *Cuotas Políticas para los Grupos étnicos en Colombia*; *Avances en la Igualdad y la Equidad Racial*; *Las Acciones Afirmativas y el Reconocimiento de los Derechos Territoriales de los Grupos Afrodescendientes*; *La Ley 70 de 1993: Una Medida de Acción Afirmativa a favor de la Población Afrocolombiana*.

### **Robert J. Cottrol (EE.UU)**

Profesor de la Facultad de Derecho de la George Washington University

Ha sido además profesor de la Rutgers University, de la Boston University, y profesor visitante en la Virginia University. Es especialista en el área de la historia legal estadounidense, así como en el tema de las acciones de responsabilidad civil y penal. Sus escritos sobre derecho e historia han sido publicados en varias revistas especializadas, como la Revista de Derecho de Yale, el Georgetown Law Journal, el American Journal of Legal History, el Law and Society Review, y el American Quarterly, entre otros.

Es autor de *Afro-Yankees: Negro de la Providencia de la Comunidad en la Era Antebellum* (seleccionado por “Choice” como un libro académico sobresaliente en 1983); editor de *Control de armas y la Constitución: Fuentes y exploraciones a la Segunda Enmienda* (reconocido como libro del mes por el “History Book Club”); así como *De África al Yankee: Narrativas de la esclavitud y la libertad en Antebellum de Nueva Inglaterra* (1998).

Su más reciente libro es *Brown v. Board of Education: La casta, la cultura y la Constitución* (2003), obra que ganó el Premio Proyecto “Langum for Historical Literature” en 2003, además de ser el libro del mes del “History Book Club”. Ac-

tualmente se encuentra trabajando en una investigación que contrasta el papel de la ley en el desarrollo de los sistemas de esclavitud y de la jerarquía racial en los Estados Unidos y América Latina. Ha dictado conferencias sobre la legislación estadounidense en las Universidades Federal de Santa Catarina y Rio Grande do Sul en Brasil, así como en la Universidad de Buenos Aires.

### **Hélio Silva Junior (Brasil)**

Profesor de la Universidad Metodista de Sao Paulo; Director Ejecutivo del Centro de Estudios de las Relaciones de Trabajo y Desigualdades - CEERT; Socio-Gerente del Bufete “Hélio Silva Jr - Abogados Asociados”; Consultor de la Secretaría Especial de Políticas de Promoción de la Igualdad Racial del Brasil - SEPPPIR; Consultor de la UNESCO; Consultor de la PNUD; y Coordinador de la Comisión de Derechos Humanos de la Orden de Abogados del Brasil. Doctor en Derecho Constitucional y Master en Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, y abogado por la Universidad San Judas Tadeo.

Fue Secretario de Justicia y Defensa de Ciudadanía del Estado de Sao Paulo; Asesor Especial de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Prefectura del Municipio de Sao Paulo; Profesor de la Universidad Bandeirante de Sao Paulo y de la Academia de Policía Civil del Estado de Sao Paulo.

Es autor de *Anti-Racismo - Coletanea de Leis Brasileiras; Derecho de Igualdad Racial: Aspecto Constitucionais, Civis e Penais; Discriminacao Racial nas Escolas: Entre a Lei as Práticas Sociais; O papel da Cor Raca/Etnia nas Políticas de Promocao da Igualdade: Anotacoes sobre a experiencia do Município de Santo André; Regime Jurídico da Liberdade de Crenca; entre otros.*

### **Tanya Katerí Hernández (EE.UU)**

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham.

Es licenciada en sociología por la Brown University y abogada por la Universidad de Yale University, donde fue editora de la Revista de Derecho de Yale y Presidenta del “Northeast Black Law Students Association Moot Court”.

Fue profesora en la George Washington University School of Law, la Rutgers University School of Law y la St. John’s University School of Law. También ha sido profesora visitante en la Brooklyn Law School, en la University of Pennsylvania Law School, y en la Universidad de Puerto Rico.

Uno de sus intereses académicos es el estudio comparativo de las relaciones raciales. Sus trabajos han sido publicados en la Revista de Derecho de California, en el Cornell Law Review, en el Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, y en el Yale Law Journal, entre otros. La “Hispanic Business Magazine” la eligió como una de las personalidades hispanas más influyentes de 2007. Recibió una beca para el “Center for Reproductive Law & Policy en Nueva York”, donde litigó en temas vinculados a las restricciones hacia las mujeres para la asistencia médica



en casos de violencia. Posteriormente, trabajó como abogada de la Unidad de VIH del “Brooklyn Legal Services”, donde le tocó litigar ante la Corte de Familia y la Corte de Vivienda, en representación de personas infectadas por el VIH.

### **Carlos Quesada (Costa Rica)**

Director Regional para América Latina de Global Rights Partners for Justice desde el 2004. Licenciado en Medios de comunicación y Abogado por la Universidad de Costa Rica.

También obtuvo una Maestría en Derechos Humanos de la Universidad para la Paz (Naciones Unidas), así como por la Universidad Nacional de Heredia en Costa Rica. Trabaja incrementando la participación de la sociedad civil afro descendiente en instancias internacionales y regionales de derechos humanos; especialmente de cara al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos y algunos de sus órganos; principalmente en el Proceso de Cumbres de las Américas; las Asambleas Generales, el Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Además trabajo con organizaciones afrodescendientes a nivel nacional para mejorar sus capacidades de incidencia política.

Ha trabajado en temas de derechos humanos desde 1990. Se desempeñó como periodista y más tarde como Director de Incidencia de la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), donde se centró en la situación de los derechos humanos en Guatemala, así como en la situación de los migrantes en la región. Posteriormente fue Oficial de Programas de Reforma Penal Internacional (RPI) para América Latina, donde se enfocó en el mejoramiento de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en la región; de la realización de talleres sobre la promoción de sus derechos; así como de litigar en representación de estas personas. Trabajó como consultor y profesor de derechos humanos en la Universidad Nacional de Heredia en Costa Rica en su Programa de Maestría en Derechos Humanos.

### **Celina Romany (Puerto Rico)**

Fundadora del Bufete Celina Romany, estudio de abogados de Puerto Rico que se especializa en casos derecho laboral y litigios de derechos civiles (acoso sexual y discriminación en el empleo).

Fue Presidenta del Colegio de Abogados de Puerto Rico; Directora Ejecutiva de “The Race, Ethnicity, and Gender Justice (REG Justice) Project in the Americas” de la American University; Profesora de la Facultad de Derecho de la American University; y de la City University of New York. Asimismo, ha sido Profesora Visitante en varias universidades como la Connecticut University, la American University School of Law, la University of Miami Law School, la University of Pennsylvania Law School, la Yale University Law School y la Universidad de Puerto Rico.

También fue Fundadora y Directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; y se desempeñó como Co-Directora y Fundadora de la “International Women’s Rights Clinic” (el primer programa de clínicas jurídicas en derecho internacional de mujeres en los EE.UU.)

### **M’baré N’gom (Senegal)**

Jefe del Departamento de Lenguas y Director del Programa de Maestría en Relaciones Internacionales; Director del Programa Interdisciplinario de Estudios Africanos y del Programa Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos y Caribeños de la Morgan State University. Es doctor en Estudios Ibéricos e Iberoamericanos y ha cursado el Diplôme d’Etudes Approfondies (D.E.A.), ambos por la Université de Paris-Sorbonne (Paris IV), Francia; y es graduado de la Escuela Diplomática de España.

Dentro del área de la literatura latinoamericana se especializa en la investigación cultural y literaria de los afrodescendientes. Sus ensayos han aparecido en enciclopedias, revistas académicas y profesionales nacionales e internacionales, tales como Hispania, el Canadian Journal of Hispanic Studies, Diáspora, Francofonía, el Australian Journal of French Studies, Caribe, el Afro-Hispanic Review, Quimera, Cruz Ansata, el Journal of Afro-Latin American Studies and Literatures, el Utah Foreign Language Review, Caminería Hispánica y Voces, por citar algunas sólo algunas.

Es autor de *Diálogos con Guinea Ecuatorial (1996)*; *coautor Literatura de Guinea Ecuatorial: Antología (2000)*; editor y compilador de *La Reconstrucción de la Memoria y de la Identidad Nacional en la Literatura Hispano Africana (2004)*; compilador de *Escribir la Identidad: Creación Cultural y Negritud en el Perú (2009)*

### **Judith Morrison (EE.UU)**

Asesora Técnica Principal (SCL/ GDI) del Banco Interamericano de Desarrollo – BID. Es master en desarrollo económico por el Instituto de Tecnología de Massachusetts - MIT, donde se graduó con el Premio a la investigación internacional “Carroll Wilson”, obteniendo además la beca “Woodrow Wilson”.

Fue Directora Regional para América del Sur y el Caribe de la Inter-American Foundation (IAF); Directora Ejecutiva del Inter-Agency Consultation; Consultora y Asociada Senior del Banco Interamericano de Desarrollo – BID; Investigadora principal en la Fundación Phelps Stokes; y Consultora del Instituto del Servicio Exterior Norteamericano.

Ha realizado publicaciones sobre la política de desarrollo en las Américas y ha dictado conferencias en los Estados Unidos, Sudáfrica, el Reino Unido, Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay, Guatemala, Chile, Costa Rica, Nicaragua, Belice, y Honduras.



## Proyecto para la Incorporación de la Temática Afrodescendientes en las Políticas y Programas de la OEA

Existen aproximadamente 200 millones de afrodescendientes en las Américas. A pesar de ser más de un tercio de la población de la región, se encuentran entre los grupos más vulnerables del Hemisferio. Diversos órganos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como el Proceso de Cumbres de las Américas, han expresado de manera reiterada su preocupación con relación a la inclusión, el respeto a los derechos humanos, y la atención de las necesidades de este colectivo.

Como una manera de dar respuesta a esta preocupación, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA ha impulsado este proyecto con el fin de incrementar la gobernabilidad democrática del Hemisferio por medio de la inclusión de las y los afrodescendientes, con una mayor sensibilidad hacia sus derechos y necesidades básicas. Todo ello de conformidad a los estándares internacionales de protección que asisten a este colectivo.

Entre los objetivos del proyecto, destacan los siguientes:

- Promover los derechos de los y las afrodescendientes en la región, así como otros estándares de protección internacional
- Fomentar la inclusión de este colectivo en los órganos políticos del Sistema Interamericano, en especial, en el ámbito de la OEA
- Impulsar el empoderamiento a nivel hemisférico de las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la temática afrodescendiente

A fin de alcanzar sus objetivos, el proyecto contempla diversas actividades, entre las cuales podemos mencionar:

- Promoción de la temática afrodescendiente en la OEA y otros foros del Sistema Interamericano, así como en cursos y jornadas sobre derecho internacional
- Realización de talleres de capacitación y empoderamiento en temas vinculados a la protección internacional de las y los afrodescendientes
- Apoyo financiero y de capacitación a organizaciones de la sociedad civil para facilitar su participación en la OEA y otros foros del Sistema Interamericano



- Otorgamiento de becas a jóvenes afrodescendientes
- Elaboración y divulgación de estudios sobre estándares de protección internacional de afrodescendientes

Para más información sobre este proyecto, véase:

Español

<http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes.htm>

Inglés

<http://www.oas.org/dil/afrodescendants.htm>

Portugués

<http://www.oas.org/dil/port/afrodescendentes.htm>



## Otras Publicaciones del Departamento de Derecho Internacional

**Para más información, veáse la siguiente dirección electrónica:**  
<http://www.oas.org/dil/esp/publicaciones.htm>

**XXXIV Curso de Derecho Internacional (2007)**  
**“Aspectos Jurídicos del Desarrollo Regional”**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano  
ISBN: 978-0-8270-5218-5  
Año de Publicación: 2008  
Número de páginas: 509  
Idioma: original en que las clases fueron impartidas  
Precio: U\$S 40

**XXXIII Curso de Derecho Internacional (2006)**  
**“El Derecho Internacional en las Américas:  
100 años del Comité Jurídico Interamericano”**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano  
ISBN: 0-8270-5079-8  
Año de Publicación: 2007  
Número de páginas: 534  
Idioma: original en que las clases fueron impartidas  
Precio: U\$S 35

**XXXII Curso de Derecho Internacional (2005)**  
**“La contribución de las organizaciones internacionales  
al Derecho Internacional actual”**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano  
ISBN: 0-8270-4951-X  
Año de Publicación: 2006  
Número de páginas: 626  
Idioma: original en que las clases fueron impartidas  
Precio: U\$S 35

**XXXI Curso de Derecho Internacional (2004)**  
**El Derecho Internacional y el mantenimiento  
de la paz y seguridad internacionales**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano  
ISBN: 0-8270-4763-0  
Año de Publicación: 2005  
Número de páginas: 484  
Idioma: original en que las clases fueron impartidas  
Precio: U\$S 35

**XXX Curso de Derecho Internacional (2003)**

**El Derecho Internacional y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano

ISBN: 0-8270-4631-6

Año de Publicación: 2004

Número de páginas: 446

Idioma: original en que las clases fueron impartidas

Precio: U\$S 35

**XXIX Curso de Derecho Internacional (2002)**

**Recursos naturales, energía, medio ambiente y derecho internacional**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano

ISBN: 0-8270-4557-3

Año de Publicación: 2003

Número de páginas: 554

Idioma: original en que las clases fueron impartidas

Precio: U\$S 35

**XXVIII Curso de Derecho Internacional (2001)**

**La persona humana en el derecho internacional contemporáneo**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano

ISBN: 0-8270-4449-6

Año de Publicación: 2002

Número de páginas: 665

Idioma: original en que las clases fueron impartidas

Precio: U\$S 35

**XXVII Curso de Derecho Internacional (2000)**

**Regionalismo y Universalismo**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano

ISBN: 0-8270-4340-6

Año de Publicación: 2001

Número de páginas: 806

Idioma: original en que las clases fueron impartidas

Precio: U\$S 35

**XXVI Curso de Derecho Internacional (1999)**

**Los nuevos desafíos del Derecho Internacional Público y Privado**

Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano

ISBN: 0-8270-4139-X

Año de Publicación: 2000

Número de páginas: 536

Idioma: original en que las clases fueron impartidas

Precio: U\$S 35



**XXIV Curso de Derecho Internacional (1997)**  
**Cincuentenario de la Organización de los Estados Americanos**

Río de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano

ISBN: 0-8270-3890-9

Año de Publicación: 1998

Número de páginas: 279

Idioma: original en que las clases fueron impartidas

Precio: U\$S 35

**Jornadas de Derecho Internacional**

La publicación sobre las Jornadas de Derecho Internacional se compone de los trabajos de los profesores que forman parte del encuentro organizado anualmente entre profesores de derecho internacional de toda la región.

**Serie Temática**

Libro que reedita los cursos dictados desde sus inicios en volúmenes independientes organizados en tres grandes temas: derecho internacional privado, sistema interamericano, y derecho internacional público general

**Curso Sobre Derecho Internacional Humanitario**

Textos del curso organizado en conjunto con el CICR en el año 2007. El libro contiene además una compilación sobre los instrumentos básicos de esta rama del derecho internacional.

Esta publicación ha sido preparada y editada bajo la coordinación de Roberto Rojas Dávila y Diego Moreno, del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.

Copyright © 2010 Organización de los Estados Americanos (OEA).  
Reservados todos los derechos.

Organización de los Estados Americanos

Departamento de Derecho Internacional  
Secretaría de Asuntos Jurídicos  
Secretaría General  
Washington, D.C.  
2010

19th Street and Constitution Ave. N.W.  
Washington, D.C. 20006  
<http://www.oas.org>

Español  
<http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes.htm>

Inglés  
<http://www.oas.org/dil/afrodescendants.htm>

Portugués  
<http://www.oas.org/dil/port/afrodescendentes.htm>

Diseño: Claudia Saidon, Graphic Ideas Inc.

Departamento de Derecho Internacional  
Secretaría de Asuntos Jurídicos  
Organización de los Estados Americanos

Para mayor información visite los siguientes links

**Español**

<http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes.htm>

**Inglés**

<http://www.oas.org/dil/afrodescendants.htm>

**Portugués**

<http://www.oas.org/dil/port/afrodescendentes.htm>

19th St. & Constitution Ave. NW  
Washington, D.C. 20006  
Tel: 202 458 3312 Fax: 202 458 3293  
Email : [rojas@oas.org](mailto:rojas@oas.org)



Organización de los  
Estados Americanos