

**ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
DISCRIMINACIÓN POSITIVA**

**CARLOS ALBERTO QUIROZ GUARÍN
PAULA ANDREA RAMÍREZ MONSALVE**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
2010**

**ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
DISCRIMINACIÓN POSITIVA**

**CARLOS ALBERTO QUIROZ GUARÍN
PAULA ANDREA RAMÍREZ MONSALVE**

Trabajo de grado para optar al título de abogado

**Director Dr.
CARLOS ALBERTO DÁVILA CRUZ
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD DE MANIZALES**

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO**

2010

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PALABRAS CLAVES

ABSTRACT

KEY WORD

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

PRECISIONES CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. La Igualdad como Juicio Valorativo	16
1.1. Igualdad y Política.....	18
1.2. De la Igualdad y su Relación con el Derecho	23

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL FENÓMENO DISCRIMINACIONAL

2. Discriminar desde una perspectiva amplia y estricta	28
3. Ruptura exclusiva de la discriminación con la igualdad de trato	29
4. Discriminación e intencionalidad.....	30
5. La discriminación y las relaciones sociales de poder.....	33
6. Tipos de discriminación	34
6.1. Tipos de discriminación según el autor	35
6.1.1. Por personas naturales o por personas jurídicas.....	35
6.1.2. Por agentes del Estado o por particulares	36
6.1.3. Por instituciones públicas o privadas	36
6.2. Tipos de discriminación según la forma en que se comete.....	37
6.2.1. Discriminación formal o informal.....	37
6.2.2. Discriminación normativa o conductual.....	38

6.2.3. Discriminación intencional o no intencional.....	39
6.2.4. Discriminación por acción u omisión.....	39
6.2.5. Discriminación positiva o negativa	39
6.2.6. Discriminación directa o indirecta	40
6.2.7. Discriminación inversa	42
7. Amparo legal discriminacional	43
7.1. Contenido normativo del derecho antidiscriminatorio	44

CAPÍTULO TERCERO

POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

8. La discriminación positiva	48
9. La desigualdad de hecho en la acción afirmativa	51
10. Principios generales de discriminación positiva	55
10.1. Principio de la necesidad de modelos.....	55
10.2. Principio de la compensación	56
10.3. Principio de la diversidad	57
10.4. Principio de la igualdad.....	59
10.4.1. Modelo de justicia procedimental o individual.....	60
10.4.2. Modelo de justicia colectiva	60
10.4.3. Modelo de igualdad como participación.....	61
10.5. Principio de la meritocracia	61
11. Análisis de la eficacia de las políticas públicas de discriminación positiva en la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas desplazadas en el Estado colombiano	63
12. Conclusión	75
13. Referencia Bibliográfica	77

ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

RESUMEN: El propósito del presente trabajo de investigación documenta las dificultades que convergen en torno a la discriminación positiva y la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas desplazadas en el Estado colombiano. Es pertinente señalar que la discriminación positiva precisa como el Estado, por medio de medidas especiales, concede derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales a comunidades tradicionalmente discriminadas o con serios problemas de igualdad de oportunidades. Es de anotar que el deber de (y el derecho a) la igualdad de trato, resulta ser aquí una cuestión de gran controversia jurídica por centrar su discurso en parámetros ciertamente contradictorios para con el concepto mismo de igualdad y no discriminación.

Palabras Claves: igualdad de trato, no discriminación, discriminación positiva, acciones afirmativas, derecho antidiscriminatorio, políticas públicas, medidas especiales, trato preferente y personas desplazadas.

ABSTRACT: The purpose of this research documents the difficulties that converge around affirmative action and claiming a right to equal treatment and non discrimination of persons displaced in the Colombian state. It is pertinent to note that positive discrimination accurate as the State, through special measures, provides civil, political, social, economic and cultural communities traditionally discriminated against or with serious problems of equal opportunities. It should be noted that the duty (and right) equal treatment, appears to be here a matter of legal controversy to focus his speech on

parameters certainly contradictory to the very concept of equality and non discrimination.

KEY WORD: equal treatment, discrimination, positive discrimination, affirmative action, antidiscrimination law, public policy, special measures, preferential treatment and displaced persons.

INTRODUCCIÓN

Algunas diferencias y discriminaciones pueden ser constantes durante largos periodos históricos, pero sólo en algunas épocas se vuelven políticamente significativas.

Rosa

Cobo

Lo primero que aprendemos en torno a las reflexiones propuestas por la dogmática jurídica de occidente y el adoctrinamiento por los derechos fundamentales es el concepto de igualdad. De hecho, se trata de un concepto que reconocemos teórica y universalmente bajo la siguiente fórmula argumentativa: *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Asimismo, somos conscientes que cuando se materializan dificultades concretas contra la igualdad (y a su vez contra la libertad, la dignidad y el derecho) surge la problemática de la desigualdad.

Puesta en escena y con ella, el fenómeno de la discriminación, nuestro ordenamiento jurídico ha pretendido consolidar diversos criterios sociales, civiles, políticos, económicos y culturales en pro de quienes vivifican situaciones de desigualdad (grupos étnicos, mujeres, longevos, discapacitados y personas desplazadas a causa de la violencia). No obstante, para pensadores de la talla de Kelsen, Tocqueville, Bobbio y más recientemente Westen o Walzer, se puede llegar a perpetuar la desigualdad, si para conseguir la igualdad, se parte de prácticas que alienten la discriminación, aun siendo contempladas, como las más razonables.

Es así como se solidifica un compromiso no sólo teórico sino también práctico con la igualdad de trato, la no discriminación y aspectos relacionados con las diversas facetas de la desigualdad de las personas en condición de desplazamiento. El Derecho Antidiscriminatorio es un buen ejemplo de ello al

referir la importancia del derecho comparado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los diversos mecanismos técnico-jurídicos que posibilitan conciliar derechos, deberes y oportunidades que demandan de la igualdad.

Ahora bien, en la medida en que dicha estructura se debilita y se apareja el fenómeno de la desigualdad con el de la discriminación, se hace necesario encausar correctivos no sólo nacionales, sino también, internacionales, que ajusten normativamente tales deficiencias. Es por esta razón que las altas esferas internacionales, comprometidas con la no discriminación y fortaleciendo su compromiso con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, se proveen no sólo del Amparo Legal Antidiscriminacional, sino también, de una serie de convenios¹ que buscan *superar las dificultades que convergen en torno a la discriminación*.

Sin embargo, hay fuertes razones que corroboran que dichos esfuerzos no han cumplido su cometido a cabalidad, pues bien, la discriminación sigue dando de qué hablar. Encontramos, para ilustrarlo, la xenofobia que protagonizan la mayoría de países contra extranjeros y otras minorías dentro de sus fronteras, la discriminación de género y religiosa (como sucede en oriente medio con la segregación de musulmanes Sunitas y Chiitas); de raza (como la política de apartheid en Sudáfrica), de sexo (como ocurre en la actualidad con la comunidad LGBT) o de domicilio (como la coacción del derecho de escoger el lugar de domicilio de las personas desplazadas en el departamento de Cundinamarca²).

¹ Entre otras la «Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial» (ratificada en 1971), «El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» (ratificado en 1972), el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (ratificado en 1972), la «Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes» (ratificada en 1988), la «Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer» (ratificada en 1989), la «Convención Americana de los Derechos Humanos» (ratificada en 1990) y la «Convención Sobre los Derechos del Niño», (ratificada en 1990). Aguiar, Asdrúbal (1993). *La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos*. En: Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 17, p, 26.

² De acuerdo con la sentencia T-227 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero, la Corte se vio en la obligación de adoptar medidas para proteger la población desplazada contra actos discriminatorios y de intolerancia cometidos por las autoridades de Cundinamarca, quienes alegando que se generaba una alteración grave del orden público, intentaban impedir la reubicación de las personas desplazadas en el territorio de ese departamento.

Ante paradójica incidencia discriminacional se han instituido políticas que por su carácter integrador acreditan la primacía de ciertos derechos, libertades y oportunidades para grupos concretos de la sociedad. Concretamente el de las minorías que, por su condición de indefensión, se ven expuestos a la violación paulatina de sus derechos fundamentales. Es pertinente señalar que el proceso al cual se apunta permanentemente es al resarcimiento de sus derechos en condiciones de no discriminación. Empero, la dificultad, que falsamente se edificada, con este punto de vista, tiene que ver con los riesgos que apareja el trato preferencial.

A grandes rasgos, el trato preferente puntualiza la concesión transitoria de derecho y oportunidades a facciones minoritarias y tradicionalmente discriminadas y, el posterior reconocimiento de (y el derecho a) la igualdad de trato. No obstante, esta fórmula argumentativa encausa derechos y oportunidades privilegiando la discriminación en términos positivos que, a nuestro modo de ver, perpetua la vulneración de derechos fundamentales a comunidades tradicionalmente discriminadas en especial al colectivo de desplazados del Estado colombiano.

Lo que quiere decir que, aun vinculada al Derecho, la acción positiva en su afán por eliminar la desigualdad, discrimina no solo al grupo de personas que buscan resarcir sus derechos, sino también, a uno u otro grupo de la sociedad. Que por regla general, nada tiene que ver con la contienda preferencial. Lo que exhibe un conflicto de intereses que consiente el sacrificio de derechos y oportunidades de colectivos concretos. Esta característica,—que constituye el rasgo fundamental y sin el cual carece de sentido hablar de discriminación positiva—, hace tambalear las estructuras jurídicas edificadas sobre la igualdad de corte liberal. En pocas palabras, supone la inserción de una problemática que ostenta la desigualdad intergrupala en un modelo jurídico individualista.

Lo anterior exige un análisis detallado de ciertos conceptos claves del Derecho: El concepto de igualdad, el concepto mismo de discriminación (basado en la diferencia de trato) y el concepto hegemónico de discriminación positiva. Para tal fin, y comprometidos con la investigación que nos ocupa, el presente documento constará de las siguientes fases:

La primera de ellas, precisará conceptualmente la carga retórica del principio de igualdad; su intencionalidad valorativa y comparativa. La segunda, nos hablará del fenómeno discriminacional y la importancia del mismo frente al derecho antidiscriminatorio. La tercera y última fase, individualizará el marco donde se sitúa la política pública de discriminación positiva, las dificultades que se precisan con la inserción transitoria de sus políticas y, finalmente, centraremos nuestra atención, como pieza clave de la presente investigación, al análisis de la eficacia de la discriminación positiva en la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas desplazadas por la violencia en el Estado colombiano.

Antes de nada debemos entender que la discriminación o acción positiva, inversa o favorable es una aplicación del derecho que busca introducir en el lenguaje de la igualdad de oportunidades y la ausencia de discriminación; el trato preferente. Tiene por finalidad corregir las consecuencias de la discriminación, habilitando a la persona o al colectivo perjudicado para competir en pie de igualdad con el colectivo favorecido o—lo cual es más polémico aún—, alcanzar niveles de igualdad a partir de una asistencia especial.

La adopción de medidas especiales para alcanzar niveles de igualdad no es una idea nueva, tanto si se las llama acción afirmativa, acción positiva, discriminación favorable, discriminación positiva, trato o inclusión preferente han perdurado por cuatro decenios en la historia de occidente. Su incursión, indiscutiblemente, procede de los Estados Unidos, a partir de principios de los

años setenta³, para subsanar las consecuencias de las prácticas laborales injustas en contra de los organizadores y miembros de sindicatos⁴ y; posteriormente, para ayudar a los veteranos de guerra, personas con discapacidad o quienes alegaron la diferencia de género a reinsertarse en el mercado laboral.

Ahora bien, la aplicación de esta modalidad de inserción despertó polémicas desde el momento mismo en que empezó a llevarse a dos terrenos concretos de la discriminación: el origen racial y el género (Hodges, 1999). Los cuales ponen de manifiesto actitudes muy diversas, que van desde la franca hostilidad hasta la polarización de los ciudadanos, el resentimiento y la violencia.

Lo que se deja entrever con estos pronunciamientos es la dificultad misma que encierra la política de acción positiva. Resulta ser paradójica y así misma contradictoria. Intuimos por ello, que una de sus dificultades, la más concreta a decir verdad, tiene que ver con el papel ético y moral que cumplen los legisladores: No van realmente a las causas de la discriminación sino a las consecuencias.

Sí siempre se regula y legisla de acuerdo a las consecuencias nunca se llegará al fondo del problema, más bien se puede perpetuar y agravar, en muchas situaciones, las necesidades fundamentales de las personas discriminadas. Es cierto que muchas veces no se pueden legislar las causas, pero siempre se puede incidir positivamente en una legislación activa, que prevenga y proponga una acción preventiva⁵ que deje de lado la vulneración de derechos fundamentales a facciones minoritarias dentro del Estado.

³ En Europa, su formulación más conocida es la de las cuotas en órganos de partidos políticos, que se aplican en los países nórdicos desde principios de los años 80 y en España desde 1988. Garcia Añon, José (2002). “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, En: AA.VV. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p, 319 y ss.

⁴ Con la llamada ley Wagner de 1935 la cual enmarca el verdadero significado de discriminación positiva. Ver al respecto: Bacchi, Carol Lee (1996). *The politics of affirmative action. 'women', equality and category politics*, Londres, Sage Publications, p, 32-45.

⁵ Es urgente legislar, por ejemplo, para que la mujer no sea maltratada en ninguna área de la experiencia humana. No obstante, es imposible estar de acuerdo con la legislación que, como consecuencia, plantea

El debate sigue en pie, ante todo por considerar si se debe favorecer a colectivos tradicionalmente discriminados con el fin de conseguir no solo su integración, sino también, el resarcimiento de sus derechos fundamentales, aun sabiendo que este tipo de medidas pueden llegar a ser altamente perjudiciales para la sociedad.

Queda por último preguntarse si es moralmente eficaz la llamada discriminación positiva cuando se infiere la igualdad de trato y no discriminación a la población desplazada por la violencia en el Estado colombiano. Sus defensores argumentan que puesto que el fin que persigue es justo (conseguir la integración social y legal), los medios que se utilicen quedan justificados en nombre de un bien mayor (la solidaridad, por ejemplo). Los que se muestran en contra afirman que la discriminación positiva vulnera el principio de igualdad de trato y de oportunidades, y que con la existencia de éste es suficiente para garantizar los derechos de las minorías.

situaciones en la que los hombres tengan que reivindicar sus derechos. Hoy, con la discriminación positiva, un hombre da una bofetada a su pareja y es un delito; pero si sucede al revés, es una falta. ¿Es esto justicia? ¿Ello permite que la mujer sea tratada con más cuidado? ¿Esto hará que los hombres no maltraten a sus mujeres? ¿Ello permitirá llegar a una situación de no-maltrato? ¿Por qué cada vez mueren más mujeres? Es evidente que los legisladores no han ido a las causas, sino a los síntomas de los maltratos. Es por ello que afirmamos que la discriminación positiva trata la legislación de los síntomas y no de las causas. Es una discriminación que no lleva a ningún lugar. Nos lleva a un camino sin salida, en el que las mujeres se sienten protegidas en las causas y, a la larga, les ayuda a entrar en un paradigma de defensa estructural que las hace seguras jurídicamente, pero no socialmente. Es decir, en la mente de la mujer se instala el paradigma de los derechos y en la del hombre el paradigma del defensor de su propia razón. En definitiva, este tipo de justicia discrimina psicológicamente y, en consecuencia, socialmente. Así las cosas la discriminación positiva, a la larga, es una discriminación negativa, porque no soluciona el problema y reduce todo a los síntomas, legislando la prevención de los hechos, pero no actuando en la prevención y solución de las raíces. Johnson, Roberta Ann (1990). *Affirmative action policy in the United States: its impact in women, Policy and politics*, Princeton University Press N° 18, p. 36.

CAPÍTULO PRIMERO

PRECISIONES CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

*Todos los hombres son iguales,
pero algunos son más iguales que otros.*
George Orwell

En la historia del pensamiento jurídico de occidente el término igualdad tiene una carga retórica considerable que ha comprometido profundamente ideales tanto de libertad, justicia y derecho; como sociales, por lo menos, desde la Revolución Francesa hasta nuestros tiempos. Es más, al tratarse de un concepto clave en todas las filosofías políticas de la edad moderna (el marxismo, el utilitarismo, el liberalismo y el pensamiento social de la iglesia católica), el principio de igualdad tiende a ser destacado por diversas connotaciones teóricas que afirman o contradicen su significado valorativo, comparativo y universal.

Para muchos pensadores contemporáneos es un hecho que induce a confusión. Esto se debe a que el concepto de igualdad no es equivalente con las diferentes concepciones plausibles de igualdad. Lo que quiere decir, que refiere un conjunto de ideas indiscutiblemente utilizadas en toda interpretación de la realidad; bajo fórmulas, en apariencia vagas, pero, cargadas de intencionalidad y significados que aluden a un estándar valorativo específico y en ocasiones abstracto del concepto de igualdad (Dworkin, 1988).

Por cierto, la idea abstracta de igualdad también puede interpretarse de diversas formas, sin favorecer necesariamente la igualdad en un área de juego particular, sean éstos los ingresos, la riqueza, las oportunidades o las libertades. Ahora bien, frente a la igualdad como tal y su interpretación clásica ¿qué tipo en concreto de igualdad requiere la más abstracta idea de tratar a las personas como iguales?

Nos disponemos, por tanto, a abordar el significado del anterior interrogante partiendo del contexto donde habitualmente se evoca el concepto de igualdad: su significado valorativo. Para tal fin y como estrategia argumentativa, partiremos de un análisis lógico lingüístico de lo que comúnmente entendemos por igualdad. En un segundo nivel, haremos un compendio de argumentos que precisen la relación de la igualdad con la política y, a su vez, con el derecho,

finalmente, daremos a entender, por medio de precisiones filosófico-políticas, por qué la igualdad a de verse como un fenómeno cualitativo.

1. La Igualdad como juicio valorativo

A fin de abordar la idea de igualdad como juicio valorativo, podría decirse, para empezar, que no todas las teorías políticas que han surgido a lo largo del tiempo resultan ser igualitarias. Verbigracia, si se afirmarse que algunas personas no tienen derecho a una igual consideración por parte del gobierno, o que cierto tipo de personas simplemente no cuentan tanto como otras, se entrevé la ausencia de un enfoque igualitario.

Ahora bien, si centramos nuestra atención a ese momento donde fue, y aun hoy en día es válido considerar que las desigualdades son justas frente a los desiguales, es decir, que la igualdad, para ser justa ha de consistir en igualdad para los iguales, mientras que, a su vez, la desigualdad será justa si se trata de desiguales; diríamos, que esta referencia a la igualdad, circunscribe la igualdad como igualdad de trato: la igualdad justa consistirá en *tratar* igual a los iguales y desigual a los desiguales⁶.

Lo que nos permite reiterar que se trata de una concepción con notable éxito histórico. Ahora, si nos fijamos bien, en esta fórmula debemos centrarnos en el estudio de cuestiones relativas a cuál es la conexión entre el hecho de que dos cosas sean iguales y, la inferencia de que deban ser tratados igual, es decir: *quién es igual a quién y el qué*.

Entrando en materia todo juicio sobre la igualdad presupone una diferencia entre las cosas que se comparan. En estos términos, hablar de una igualdad completa o absoluta requiere de un acto de decisión en el que se seleccione

⁶ Parece que la justicia consiste en igualdad, es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales. Aristóteles, *Política*, libro II 1280^a y 1282b.

quién y qué va a considerarse con cualidades suficientes para emitir juicios comparativos de igualdad.

Mediante la igualdad se describe, se instauro o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común. De ahí que propugnar igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, a simple vista, no resuelve los problemas de la igualdad.

Lo que resulta ser una cuestión ciertamente controvertida dado que nunca dos personas o situaciones concretas son iguales en todos los aspectos. Por ello los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros. De ello resulta que los juicios fácticos sobre igualdad-desigualdad —parcial— no nos dicen nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual.

Que los sujetos, verbigracia, Andrés y Benjamín tengan la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo trato a todos los efectos. Que Cesar y Daniel tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo trato en ciertos aspectos. La igualdad que se predica es entonces, una igualdad referida a uno o varios rasgos comparativos, donde el concepto de igualdad puede ser afirmado o denegado por parte de quien juzga. Por tanto, la igualdad ha de entenderse como un concepto descriptivo. (Comanducci, 1995)

Esto ha llevado a plantear que la igualdad involucra siempre un juicio de valor subjetivo, pues depende de parámetros de comparación que no responden a ningún problema concreto en sí y sólo abren un debate jurídico entre la igualdad y la política y; la igualdad y el derecho. Veámoslo rápidamente:

1.1. Igualdad y política

En términos de igualdad y política, encontramos que el modelo político constitucional que ha dominado el pensamiento occidental ha sido el Estado liberal democrático y social de derecho. En una dimensión liberal, la igualdad se encuentra referida a la igualdad ante la ley. En una dimensión de Estado democrático, la igualdad significa derecho a participar en idénticas condiciones del poder político.

Quizá por ello, en un Estado Social de Derecho, por igualdad entendemos un conjunto de criterios cuyo denominador común es la supresión de las desigualdades políticas, económicas, culturales, etc., a fin de lograr en la práctica, una igualdad real y efectiva, y no una declaración de buenas intenciones que beneficien parcialmente a un número determinado de individuos que desean igualdad de algo⁷.

Es pertinente citar, como ejemplo, y a fin de ampliar lo anterior, que los utilitaristas clásicos, exigen que se dé la misma ponderación a las utilidades de todos y, que por su parte, los libertarios puros, piden igualdad en lo referente a todo un grupo de derechos y libertades. Todos son igualitarios en algún punto fundamental y argumentan resueltamente a favor de la igualdad de algo que todos deberían tener y que es fundamental para el enfoque por ellos adoptado⁸.

⁷ como sucede con las personas desplazadas que demandan el derecho a una alimentación mínima, que resulta insatisfecho en un gran número de casos, por los altísimos niveles de pobreza extrema a los que llegan numerosas personas desplazadas. Sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Esta demanda de igualdad referida a una sola variable implica que la teoría en cuestión resulte no igualitaria respecto a otra variable. Es posible que bajo esta perspectiva ambas teorías se hallen en conflicto. Por ejemplo, un libertario que pide igualdad de derechos a una clase de títulos no puede, de acuerdo con ello, pedir igualdad de rentas. O un utilitarista que pide igualdad de ponderación para cada unidad de utilidad, no puede de acuerdo con ello, pedir igualdad de libertades o derechos (y, en cualquier caso, no puede ni siquiera exigir que se igualen los niveles totales de utilidad de que gozan las diferentes personas). El buscar la igualdad en lo que se toma como actividad social central, implica, aceptar la desigualdad en las periferias más remotas. Las disputas nacen en última instancia de qué es lo que se considera el centro de las condiciones sociales Friedman, Milton y Rose (1983). *Libertad de elegir*. Barcelona: Ediciones Orbis S.A. p, 187 y ss.

Entender el término de igualdad política nos obliga a plantear, de hecho, la dependencia de la igualdad con los criterios de justicia que edifica la concepción del Derecho y del Estado moderno; esto es, la igualdad liberal. Así, la concepción liberal de la igualdad o, mejor, las distintas versiones en las que se estructura la igualdad liberal, se edifican sobre determinadas características que van a constituir, precisamente, al sujeto de igualdad, si, y sólo si, se parte de la premisa: tratar igualmente a los iguales.

Tal proposición: «los iguales deben ser tratados igual» se supone una verdad universal. Una verdad que intuitivamente puede conocerse con perfecta claridad y certeza ¿por qué?, ¿cuál es la conexión entre el hecho de que dos cosas sean iguales y la conclusión normativa de que tengan que tratarse igual?

La respuesta puede encontrarse en las partes que componen la fórmula de la igualdad. La fórmula «los iguales deben ser tratados igual» encierra dos componentes: a) la determinación de que dos personas son iguales; y b) el juicio de que tienen que ser tratados igual.

El componente determinante es el primero. La determinación de que dos personas son iguales (Comanducci, 1995). Una vez que se precisa que dos personas son iguales, se sabe cómo es que deben ser tratadas. Para entender por qué es así, tiene que saberse con precisión lo que significa, para los propósitos de la igualdad, que dos personas sean iguales.

Tres posibilidades argumentativas pueden ayudarnos a entender con mayor precisión por qué es una limitación interpretativa subrayar que dos personas sean iguales (Westen, 1982): La primera, puede referirse a personas que son iguales en todos los aspectos. El problema es que no hay dos sujetos morales que sean totalmente iguales.

La segunda posibilidad tiene que ver con el significado que se atribuye a la idea de que personas que aun no siendo iguales, en todos los aspectos, sí lo son en

algunos otros. Desafortunadamente, mientras que la definición previa es excluyente, esta incluye, no sólo a las personas, sino también, a las cosas. El motivo de tal percance tiene que ver con la correlación de igualdad entre personas y cosas y, esto conduce, a la absurda proposición de que todas las personas y las cosas deben tratarse igual.

La tercera alternativa se refiere a las personas que son iguales en algún aspecto significativo. Ciertamente, es aquí donde se debe centrar nuestra atención. Pues bien, esta última interpretación sorteando exitosamente el obstáculo filosófico del concepto de igualdad. Comienza con la determinación de que dos personas son iguales en un aspecto significativo y se mueve a la conclusión normativa de que ambas deben ser tratadas igual.

No obstante, la conclusión normativa a la cual se hace referencia, debe encontrarse directamente vinculada a objetos jurídicamente iguales. En estos términos, la igualdad jurídica se establece únicamente cuando se define el carácter normativo que hace ver a las personas como iguales. Decir que las personas son iguales es, de hecho, articular un estándar jurídico de tratamiento por referencia a lo que son y a la manera en que, en consecuencia, deben ser tratadas (Westen, 1982).

De otro lado, no dejemos de recordar, que la naturaleza misma de la tesis *todos los hombres son iguales*, se encuentra bajo un constante ataque. Los motivos se reducen a la quimérica predicción universalista que deja de ser consecuente con el significado y el uso del concepto de igualdad que a continuación entramos a dirimir (Ferrajoli, 1999).

Es muy poco probable que tropecemos en algún momento de nuestras vidas con individuos totalmente iguales. Por el contrario, es mucho más viable advertir un tipo de trato, en atención a una regla, que nos haga ver como iguales. Es decir, suponer la existencia de un concepto de igualdad que apunte a una medida, por medio de la cual, se determine la igualdad de las personas.

En síntesis, que los iguales deban ser tratados igual, significa que las personas para quienes se prescribe cierto trato en virtud de un estándar que determina su igualdad, tienen que recibir todas y cada una de ellas el mismo tratamiento prescrito por el estándar; o más sencillo, las personas que por una regla se consideran iguales, deben por esa misma regla, ser tratadas igual (Westen, 1982, p: 151).

En últimas, se trata de una predicción normativa que habla de los destinatarios de la igualdad en los siguientes términos: la igualdad jurídicamente hablando no significa nada si no tiene relación directa con algún derecho o regla preestablecida (Westen, 1982). De hecho, tratar igual a los iguales no es más que una tautología en donde se habrá de tratar a los iguales de manera igual y, los iguales, son aquellos que deben ser tratados igual de acuerdo a las características normativas que se comparten.

En este sentido, es substancialmente significativo anotar que la generalidad de la norma consiste, precisamente, en la amplitud numérica de los individuos que se acogen a las disposiciones normativas que decretan su igualdad.

Otro punto a tener en cuenta cuando se da cara a la igualdad tiene que ver con la diversidad. Sin irnos muy lejos debemos reconocer que compartimos profundas diferencias, tanto en nuestras características internas, como la edad, el género, las capacidades generales, los talentos particulares, la propensión de la enfermedad, etc., como circunstancias externas relacionadas con la propiedad, la extracción social, los problemas de circunstancias y otras.

Precisamente por esa diversidad aquellas investigaciones de la igualdad⁹, tanto teóricas como prácticas, que parten de un supuesto de uniformidad originaria (incluido el supuesto de que todos los hombres han sido creados iguales)

⁹ La idea de la igualdad se enfrenta a dos tipos diferentes de diversidad: 1) la básica heterogeneidad de los humanos y, 2) la multiplicidad de variables desde las que se puede juzgar la igualdad. Friedman, ob. cit., p, 195.

pasan por alto un aspecto fundamental: la diversidad humana no es algo que se pueda pasar por alto sino un aspecto fundamental del estudio de la igualdad.

1.2. De la igualdad y su relación con el derecho

De acuerdo con notables pensadores y en especial filósofos del derecho, la igualdad es considerada una norma sobre la forma universal de los derechos que se han convenido sean fundamentales (del derecho a la vida a los derechos de libertad y de los derechos políticos a los derechos sociales). Es por ello, circunstancialmente razonable, suponer que la igualdad precede a los derechos, al existir como antesala un juicio donde se explique la característica relevante que determinará la igualdad de las personas y en consecuencia, la manera más justa que deberán ser tratadas.

Esta identificación entre derecho y lo que ha de considerarse justo se expresó en el principio: *a todos los hombres debe aplicársele igual trato*. Estamos hablando, como ya se ha hecho mención, de circunstancias que han permanecido en el tiempo, pero que al momento de determinar la igualdad o desigualdad entre individuos exige, ineludiblemente, de una comparación.

Dicha comparación debe girar en torno a la posesión o carencia de algún criterio o rasgo que ha de considerarse relevante al momento de simpatizar con la idea de igualdad real y efectiva. El criterio debe estar plasmado, según Westen, en una norma para que entonces pueda argüirse que, en virtud de ubicarse en tal o cual supuesto, las personas que comparten el criterio relevante deben tratarse de manera igual o bien, que por la carencia del criterio relevante establecido en la norma, se debe ser tratado de manera desigual y, en ambos casos, se estará dando a cada quien lo que le corresponde.

Para Kelsen, por ejemplo, decir que *a todos los hombres debe aplicársele igual trato* es un juicio rico en contradicciones, puesto que deja al descubierto dificultades concretas de desigualdad. Para el jurista de Viena, concebir una naturaleza humana igualitaria en todos y para todos es un fenómeno ajeno a la ciencia jurídica. Pero, es para el ordenamiento jurídico un deber determinar *cuándo* debe darse un trato igual o desigual y a *quiénes*. A partir de éste momento, el principio *trato igual para todos* es reemplazado por una *norma*, que debe determinar expresamente las cualidades sobre las que estas desigualdades se manifiestan.

La verdad es que la intención de Kelsen más que teorizar sobre la igualdad, es rebatir la idea de que la justicia es igualdad de trato. Ahora, su gran mérito fue insinuar la distinción entre el principio de igualdad **ante** la ley y el principio de igualdad **en** la ley.

Recordemos que la igualdad **ante** la ley¹⁰ o principio de igualdad *formal*, es reconocida como una de las aplicaciones del derecho más aceptada en la historia de occidente, aún cuando consagre la posibilidad de que sea la propia ley la que establezca un trato discriminatorio. Se trata, de hecho, de un principio que predica la igualdad como un requisito del contenido de la ley. Como un presupuesto inmanente de la administración y el legislador por más

¹⁰ Este principio asumió una importancia decisiva en la revolución burguesa del siglo XVIII, que se propuso, entre sus principales objetivos, terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal. En esta formulación burguesa, el principio de igualdad se orienta a la garantía de igualdad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica y la ausencia de todo privilegio en materia de jurisdicción e impuestos. En la época liberal, la igualdad ante la ley viene a significar poco más que un carácter de mandato legal, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. Igualdad se identifica con generalidad de la ley, lo que supone que todos se someten al ordenamiento y todos son titulares de los derechos reconocidos en ese ordenamiento. Pero este principio de igualdad ante la ley va a ser progresivamente referido al momento de aplicación de la ley (en buena medida como fruto del Derecho administrativo) y se habla entonces de igualdad en la aplicación de la ley. Ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepción, sin consideraciones personales. Sin embargo, se pone de manifiesto la insuficiencia de estas concreciones del principio de igualdad para responder adecuadamente a las exigencias que dicho principio plantea, como aspiración humana contraria a la discriminación injusta. Cuenca, Encarnación (1994). *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) N° B4. Abril-junio, p, 266-267.

arbitraria que se juzgue y, donde se consiente; por cierto, la imposibilidad de un análisis valorico por tratarse de un asunto jurídico y no moral.

Para desarrollar esta idea vamos a partir de lo siguiente: el principio general contenido en la expresión «todas las personas nacen libres e iguales ante la ley», con la que comienza el artículo 13 de nuestra Carta Magna, es la fórmula inicial y clásica de la igualdad formal. La misma que enfatiza en los asuntos jurídicos del concepto de igualdad que ha suscitado tanta controversia.

Debemos tener presente que se trata de un paradigma que subsume el concepto de legalidad con el de sujeto actuante que, al tiempo que reclama ser tratado en igualdad de condiciones legales, ve la necesidad de recibir lo que considera merece de acuerdo con su contexto vital, como desarrollo moderno del dar a cada cual lo que le corresponde (Parra, 2007).

La igualdad formal pregona, aun con sus referidas deficiencias interpretativas, la existencia de una misma ley para todos, que permita gozar, sin fueros ni privilegios, de todos los derechos fundamentales enumerados en una constitución. Para Bobbio, la igualdad así vista, no sólo excluye la discriminación injustificada, también atribuye derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico. Un tipo de ideología oficial que subraya que todos los ciudadanos son destinatarios del derecho y tienen capacidad jurídica.

La igualdad *en* la ley o principio de igualdad *material*, por su parte, veda el trato arbitrariamente desigual. Esto es, no pormenoriza la norma como tal sino su aplicación, sus consecuencias jurídicas. Lo que obliga una justificación jurídica coherente, por parte del legislador, de las diferencias normativas.

Concretamente, se debe motivar el conjunto de decisiones que la norma establece para adjudicar diferencias. El contenido de esas decisiones y sus referidas consecuencias es lo que determina el carácter de igualdad o desigualdad de la norma. De ahí que la misma disponga de la diferencia de

trato para llevar a cabo aplicaciones normativas, que de acuerdo a sus consecuencias, justifica la diferencia como razón suficiente de la interpretación material del principio de igualdad por parte del Estado.

No basta justamente con que el Estado promueva condiciones donde la igualdad sea un derecho más que reconocido. Debe concretar medidas que permitan impartir la igualdad a todos los ciudadanos. Y entre estas medidas puede ser preciso, en ocasiones, dictar normas aparentemente desigualitarias para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social¹¹.

Resulta significativo anotar, para terminar, que en el interior de todo juicio de igualdad hay siempre un juicio normativo, valorativo y comparativo que atribuye derechos, deberes y libertades fundamentales. Es decir, todo juicio de igualdad presupone, implícita o explícitamente, la norma que le representa y además, una orientación que se conjuga con aspectos que hacen plausible abstraer las características que se concentran, exclusivamente, en lo que tienen en común dos o más sujetos que participan de la interpretación material del principio de igualdad.

¹¹ De acuerdo con la sentencia T-025 de 2004, las políticas públicas de atención a la población desplazada permiten la inserción de acciones afirmativas que ayudan a reivindicar los derechos fundamentales de las personas desplazadas en el Estado colombiano.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL FENÓMENO DISCRIMINACIONAL

El alcance del fenómeno discriminacional no deja de ser una dificultad más que se suma al concepto de igualdad. Es para muchos, un acontecimiento que deja al descubierto un sin sabor dentro del Estado que busca niveles de igualdad real y efectiva, en medio de un panorama desalentador para quienes vivifican conductas de evidente discriminación a pesar de los esfuerzos conjuntos, de personas e instituciones, nacionales e internacionales, que luchan insaciablemente para dirimir tal situación.

Es importante entender que el camino que nos permite identificar las razones jurídicas que sustentan la discriminación positiva como negativa, debe detenerse un momento en las generalidades del fenómeno discriminacional. Es así, porque de acuerdo con nuestra investigación, se precisa, como condición necesaria, alejarse del concepto hegemónico de discriminación y de aquellos términos relacionados con conductas discriminatorias, y situarse, más bien, en torno a la idea de injusticia estructural que concentra sus intereses en aspectos relacionados con la explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural, violencia y desplazamiento forzado que determinado número de individuo sufren en su cotidianidad.

Subrayar el carácter *estructural* de la discriminación significa, en primer lugar, identificar una situación que se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales y; en segundo lugar, reconocer

que no es necesario señalar un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que salga beneficiado con la opresión del otro (Frazer/Lacey, 1993: 82). A ellas se puede añadir la imposibilidad de ser analizada en términos de acumulación de actos discriminatorios individualizados.

Desde el punto de vista del Derecho constitucional este carácter sistemático, institucional y no intencional de la discriminación repercute, como es de esperarse, negativamente sobre los grupos subordinados. Se entiende que todo ello tiene que ver con tres nociones de discriminación que a continuación precisaremos, con la sobriedad el caso y que nos sirven como punto de referencia para identificar los tipos de discriminación que más adelante cobrarán fuerza descriptiva.

2. Discriminar desde una perspectiva amplia y estricta

Es frecuente advertir como la doctrina diferencia entre un *sentido amplio* y uno *estricto* de discriminación para distinguir, en un primer plano, la equivalencia que sustenta toda infracción del principio general de igualdad. En un segundo, mucho más estricto y directamente proporcional a la idea de violación de la igualdad, cuando concurren criterios de diferenciación concretos y relacionados con la raza, el género y demás contextos prohibitivos (Barreré, 2002). En esta línea, el denominado *sentido amplio* será, además, el primario, el más importante, el que constituye la norma, mientras el *significado estricto* será el que precisa la excepción.

Al tenor de este planteamiento, la fusión de estas dos perspectivas de discriminación, la amplia y la estricta, es lo que conforma la estructura del ilícito jurídico contra la igualdad. Todo ello nos da a entender que no cabe hablar de dos ilícitos sino uno (sin jerarquías posibles) aparentemente neutral y que pone de manifiesto una noción viciada de lo que, implícitamente, debe entenderse por discriminación. Sin embargo, esto no es así, produciéndose, en

realidad una jerarquización encubierta e implícita del primero de los significados sobre el segundo (Barrère, 2002: 15).

A esto le sumamos que cuando se habla del primero de los significados, atribuimos al contexto discriminacional la noción liberal de igualdad —es decir, la noción individualista— donde se discrimina a individuos que pertenecen a un mismo grupo, mientras que, cuando se habla de discriminación en el segundo de los sentidos, la igualdad que se viola es la igualdad intergrupal, esto es, la que centra su atención en individuos que pertenecen a diversos grupos de la sociedad.

Como es de esperarse esta jerarquización no resulta sensata teniendo en cuenta que el concepto moderno de igualdad se ha estructurado sobre los derechos de los individuos, y no de los grupos. Esta contraposición individuo-grupos es producto de ese falso universalismo que fusiona el modelo de individuo con la teorización del llamado «principio general de la igualdad» que no es otro que el que se piensa desde el individuo que pertenece al grupo dominante; un grupo aglutinado en torno a ciertas características de poder social (Barrère, 2002: 15).

3. Ruptura exclusiva de la discriminación con la igualdad de trato

Otro ejemplo que se presta como paradigma jurídico-normativo de la discriminación se presenta con la ruptura exclusiva de la discriminación con la igualdad de trato. Esta concepción de la discriminación se refiere, fundamentalmente, a la reglamentación que gira en torno a la igualdad entre hombres y mujeres, todo lo relacionado con el origen racial o étnico y el establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación a través de las figuras que representan la discriminación directa o indirecta.

No es momento de entrar aquí en el carácter problemático de la discriminación directa o indirecta. Lo que interesa destacar ahora es que al hablar de discriminación implica identificar un trato, es decir, una conducta individualizada o concreta a la que se le imputa el injusto (de ahí su prohibición jurídica). Operación ésta que deja fuera del concepto jurídico de discriminación toda una serie de situaciones de desigualdad relacionadas, verbigracia, con la prostitución, la violencia doméstica o el acoso.

Este tipo de precisiones no caben dentro del concepto de discriminación, que comúnmente adjudicamos, al fenómeno discriminacional. El motivo de tal situación es que buena parte de esas realidades no se encuentran inmersas dentro nuestro ordenamiento jurídico, al suponer la elección, la autonomía de las personas o, en definitiva, por tratarse de un presupuesto que pertenece al ámbito de lo privado. Nos encontramos de este modo con que una realidad de desigualdad intergrupala que implica una clara diferencia y jerarquización del *status* social, o no aparece como discriminación o el Derecho se presenta indiferente con un problema, que desde lo jurídico, parece dejar de existir.

4. Discriminación e intencionalidad

La tercera manifestación del eclipse de la dimensión estructural de la discriminación proviene de la vinculación del concepto de discriminación con la intencionalidad que tienen las personas, instituciones políticas, sociales y culturales de discriminar y con ello, obtener beneficios de un determinado grupo frente a otro. En este sentido, no sólo la figura de discriminación directa estaría vinculada a la intencionalidad, sino también la discriminación indirecta. Pero dejemos por el momento los argumentos hasta el momento expuestos y centrémonos en advertir si el fenómeno discriminacional se trata de un solo concepto con *distinta extensión* «(que es, en definitiva, lo que parece sostener la doctrina al hablar de sentido *amplio* y significado *estricto*)» o un concepto con la posibilidad de sugerir dos connotaciones distintas (Barrerè, 2002).

Para justificar que se trata de connotaciones distintas nos proveemos de un ejemplo relativo a la relación intergrupala de sexo-género que presenta Anne Peters en *Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, EC and International Law*.

Imaginemos, en primer lugar, que dos estudiantes de Derecho, ambos varones, terminan sus estudios y deciden buscar empleo en la empresa privada. Supongamos que ambos presentan los mismos méritos y capacidad y que la empresa decide escoger, utilizando un criterio peregrino o caprichoso (por ejemplo, rechazando a quien lleva pelo largo o exhibe un pendiente en la oreja), a uno de ellos. Quien ha sido contratado puede considerarse injustamente tratado respecto del otro, pero esta diferencia injusta de trato será, en principio, *individual* o, lo que es lo mismo, no tendrá base grupal ya que ambos son *varones* y pertenecen, por tanto, al mismo grupo¹².

Imaginemos ahora que quienes buscan trabajo en esas mismas condiciones de igualdad de mérito y capacidad son dos personas de sexo diverso. Supongamos que la empresa opta por el hombre y no por la mujer. Pues bien, en este caso, la discriminación será, en principio, *grupal*. Dicho con otras palabras, si a la mujer no se le contrata *por lo que significa e implica social y laboralmente pertenecer al «grupo mujeres»* estaríamos ante una discriminación grupal. Es cierto que se percibe o se manifiesta individualmente, pero la base de la misma sería presumiblemente grupal¹³.

¹² Imagine, first, that two law students, both men decide to finish their studies and seek employment in private enterprise. Suppose that both have the same merits and ability and that the company decides to choose, using a criterion pilgrim or capricious (eg, rejecting long hair who carries or exhibits a slope in the ear), one of them. Who has been unfairly treated can be seen engaged against the other, but this difference in treatment is unjust in principle, individually, which is the same, no group will be based as both are male and belong, therefore, the same group. Op. Cit., p, 67.

¹³ Now imagine that those seeking work in the same terms of equal merit and ability are two persons of the opposite sex. Suppose the firm chooses the man and not by women. Well, in this case, the discrimination is, in principle, group. In other words, if the woman is not hired for what it means and social and labor implications belonging to «women's group» would result in a group discrimination. It is true that is perceived or expressed individually, but the basis of the same group would presumably. Idem, p, 68.

Podemos decir, de manera un tanto reductiva y, retomando lo que se ha dicho hasta el momento, que discriminar encierra una característica fundamental que supone romper intencionalmente con la igualdad de trato¹⁴.

A decir verdad lo que nos interesa destacar ahora es que discriminar supone concebir la igualdad como un trato estrictamente igualitario, de tal manera que, ante un trato formalmente igual, «existe una presunción de constitucionalidad, mientras que, ante un trato formalmente desigual (y, en particular, cuando la desigualdad proviene de la raza, sexo, etc.), la presunción será de inconstitucionalidad»¹⁵.

Tal presunción de inconstitucionalidad, en la historia de la discriminación es numerosa, más bien, rica en ejemplos. De ninguna manera puede afirmarse que este fenómeno sea reciente, sino que se trata de un problema que abarca todas las épocas. Basta con señalar que la esclavitud ha existido desde los comienzos de la humanidad para entender que es un problema de larga data y que acompaña a las miserias morales del hombre.

Los casos más relevantes que tienen cercanía en el tiempo son los de índole racial. Por supuesto, ha existido discriminación en todas las épocas, pero el caso de la discriminación racial se destaca porque alcanzó estatus jurídico en varios estados democráticos. El caso más emblemático es el acaecido en la

¹⁴ Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, la igualdad de trato como idea de justicia se remonta a Aristóteles, quien, efectivamente, en su *Política* (libro II 1280a) habla de justicia en términos de igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Sin embargo, el problema de esta idea de la justicia es que se trata sólo de una regla formal sin concreción alguna; con lo que, ciertamente, la igualdad de trato participa de la fuerza retórica y persuasiva que en nuestra cultura acompaña al lenguaje de la igualdad. Pero, al final, el significado de la igualdad de trato depende de la concepción de la justicia que tenga cada cual. Westen, Peter (1990). *Speaking of Equality. An analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, N.J., Cap. 5, primera parte.

¹⁵ Aunque resulte algo conocido conviene hacer notar que, en nuestra cultura jurídico-política, las constituciones y, más concretamente, lo que se declara constitucional, va cubierto de un velo de legitimidad (jurídica) que muchas veces se identifica con la justicia. Esta forma de legalismo ético (de identificación de la ley con la justicia, en definitiva), llamado constitucionalismo ético, resultará, como veremos, particularmente perversa a la hora de propagarse el significado peyorativo de la expresión “discriminación positiva” o “discriminación inversa”. Hodges Aeberha, Jane (1999). *La acción positiva en el empleo. Concepto espinoso para los tribunales*, En: Revista Internacional del trabajo, vol, 118, núm. 3, p, 198.

Alemania nazi, que llevó a la muerte a millones de judíos luego de hacerlos vivir en condiciones infrahumanas. Gran parte de esa humillación resultó del estado de subordinación al que fueron sometidos.

5. La discriminación y las relaciones sociales de poder

Es pertinente señalar que discriminar no deja de ser una situación de injusticia y desigualdad donde un individuo o grupo se ve privado de los mismos derechos que disfrutaban los demás. Esta discriminación puede revestir muchas formas dependiendo del criterio empleado por el ente discriminador, a saber, puede tratarse de discriminación religiosa, racial, por razón de sexo, por extracción social, económica, política, lingüística, genética, entre otras. O en su defecto, tratarse de una discriminación múltiple, es decir, que reúne más de una causa (una mujer africana en tierra europea, puede ser discriminada por ser negra, extranjera y por ser mujer).

Por lo general, los estudios multidisciplinarios del fenómeno de la discriminación circunscriben sus orígenes en las opiniones que un grupo tiene sobre otro. La auto imagen de cada grupo, sea de organizaciones formales como la iglesia o partidos políticos, colectivos informales como los seguidores de equipos deportivos, o incluso, categorías sociales generales tales como mujeres, varones, niños, ancianos, pobres, discapacitados, desplazados etc., suscitan una serie de sentimientos que deterioran la convivencia e introducen la violencia, la intolerancia, el resentimiento y la marginalidad cuando, de hecho, son discriminados. Este deterioro cívico-social lleva a los discriminados a formar subculturas que a modo de autoprotección siguen discriminando a otro tanto de individuos.

Es por ello que la discriminación se caracteriza por ser socialmente dinámica, subjetiva y flexible. No sólo equivale a diferenciar (esto que puede parecer obvio para muchos, adquiere toda su relevancia si analizamos la connotación

social que este término alcanza cuando se asemeja a otros conceptos tales como parcialidad, prejuicio, racismo, intolerancia, violencia o fundamentalismo) sino también a comparar y seleccionar. Lo que en últimas determina la importancia de las convicciones personales y sociales que se tienen en el momento introducirse actos discriminatorios.

6. Tipos de discriminación

Como bien es acreditado por nuestra razón discriminar es hacer distinción en el trato. Los motivos se ven justificados por una amplia gama de situaciones, en muchas ocasiones arbitrarias, relacionadas con el origen racial, la distinción de género, el nivel socioeconómico, y demás. Generalmente se le da a este término una connotación negativa, en la medida en que se trata despectivamente o se perjudica a determinados grupos sin mediar justificativo racional.

A continuación presentaremos varios tipos de discriminación, con sus referidos ejemplos, que nos ayudarán a entender las actuaciones que comúnmente se llaman discriminatorias. La doctrina las analiza desde dos puntos de vista: de acuerdo a quién discrimina (autor) o de la forma en que se discrimina. Para el caso, según el *autor de la discriminación*, podemos hablar de discriminación cometida por personas naturales o por personas jurídicas, por agentes del Estado o por particulares, o por instituciones públicas o privadas.

Ahora bien, dependiendo de la *forma en que se comete la discriminación* se entiende una discriminación formal o informal, normativa o conductual, intencional o no intencional, por acción o por omisión, positiva o negativa, directa o indirecta e inversa. Para entender estas distintas facetas de la discriminación nos adentramos, por tanto, a un breve estudio descriptivo¹⁶:

¹⁶ Tomado del documento: *Nociones fundamentales sobre la discriminación*, www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_110_199.pdf el 15 de junio de 2010.

6.1. Tipos de discriminación según el autor

6.1.1. Por personas naturales o por personas jurídicas. Entre las innumerables definiciones de persona, en derecho, podemos decir que persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos. Ahora bien, entendemos por persona natural cualquier hombre o mujer sujeto a estas mismas condiciones jurídicas. Por su parte, se entiende por persona jurídica un ente, diferenciado de la persona natural, que puede también ser sujeto de derechos y obligaciones y que siempre está conformado por un grupo de personas naturales que buscan una finalidad específica.

Esta clasificación diferencia entre un acto discriminatorio de un vecino, compañero de trabajo o docente (personas naturales), de un acto discriminatorio cometido por una institución bancaria, un establecimiento de educación superior o un ente administrador del Estado (personas jurídicas). Es de anotar que si un compañero de trabajo me discriminara por ser portador del VIH no acarrearía mayores consecuencias legales que aquellas del derecho privado. Por el contrario, una entidad bancaria o una institución universitaria que llegará a eliminar a determinada persona de la lista de candidatos, motivados por el rechazo racial, requiere la intervención del Estado.

6.1.2. Por agentes del Estado o particulares. En materia de derechos humanos, esta clasificación toma mucha importancia porque los agentes del Estado actúan en representación del Estado mismo, que ha asumido obligaciones a nivel internacional, de respetar y garantizar los derechos humanos, y más específicamente, el principio de igualdad o de no discriminación.

En este orden de ideas, si se aprobase una ley que obligue a toda mujer a hacerse pruebas de embarazo antes de poder optar a cualquier empleo, la

misma podría ser sujeto de actuaciones judiciales por tratarse de una ley que fomenta la discriminación en el empleo. Lo que en un futuro podría convertirse en denuncias contra el Estado a nivel internacional por violar un derecho fundamental. Por otro lado, si un integrante de la Orquesta Filarmónica de la ciudad excluye a uno de sus compañeros porque es hermafrodita, aparte de crear tensión emocional, sentido de aislamiento y zozobra, seguramente esa actitud sólo podrá generar un conflicto entre partes privadas. Desde el punto de vista del derecho aquí solo cabe indemnizar por cualquier daño o perjuicio que haya ocasionado dicha actitud. Sin olvidar claro está, que es una obligación del Estado regular aquellas actuaciones que se den en el ámbito privado y que erosionen los esfuerzos de protección de los derechos humanos.

6.1.3. Por instituciones públicas o privadas. Es innegable que habrá casos en los que el Estado como entidad pública discrimine a alguna persona, así como habrá casos en los que lo hagan instituciones privadas. Así por ejemplo, El instituto Colombiano de Bienestar Familiar o el Banco Santander podrían disponer una política de contratación que excluya a personas mayores de 50 años porque están pronto a jubilarse. Evidentemente, sin importar la institución, se axiomatiza una política de discriminación.

6.2. Tipos de discriminación según la forma en que se comete

6.2.1. Discriminación formal o informal. La discriminación que pueda darse contra toda persona puede ser *formal o informal*. *Para el caso, todos los días, de una u otra forma, los seres humanos discriminamos a otros en nuestras actividades diarias. A propósito, se contrata a una persona con más logros académicos, se desaprueban créditos bancarios de aquéllos aplicantes que no tienen suficientes bienes con qué respaldar el préstamo, se acepta en las escuelas o universidades privadas a los más sobresalientes, se reprueba a quienes no demuestran dominio del tema en las aulas, etc.; sin embargo, ninguna de estas actividades constituye discriminación formal.*

Lo que sí entra en la esfera de lo prohibitivo es todo aquello que se haga en daño de otro, pero en relación a sus características individuales y que conlleve detrimento, humillación, demérito u ofensa. Por ejemplo, si se contrata a una persona sólo por su apariencia física y se excluye a los demás por obesos o por ser de piel oscura.

Referimos la importancia de este tipo de discriminación, porque conviene entender que la discriminación de este tipo se encuentra regulada en los estatutos antidiscriminatorios. Es de ese modo, porque incide, negativamente en el ámbito social y crea, de hecho, prejuicios concretos en las personas.

La discriminación informal, por su parte, nos enseña que en ocasiones es viable advertir casos en los que nuestras actividades cotidianas consienten algún tipo de discriminación sin consecuencias legales prohibitivas. Tal es el caso de la discriminación que hacemos al momento de seleccionar un candidato para un puesto en lugar de otro, porque tiene más años de experiencia o más preparación académica.

6.2.2. Discriminación normativa o conductual. Lo primero que debemos aprehender de la discriminación normativa es que hablamos de toda ley, reglamento, ordenanza, norma, política o procedimiento preestablecido que provienen del Estado o instituciones privadas y que, por tanto, son discriminatorios. Por ejemplo, la discriminación contra extranjeros cuando carecen del permiso de trabajo o contra los adultos mayores cuando las empresas ponen políticas que limitan a 35 o 40 años la edad límite de contratación.

De otro lado, cuando se delimita la discriminación en el comportamiento hostil, despectivo y prejuiciado de las personas, hablamos de discriminación conductual. Como ocurre con el demérito de los machistas a las capacidades

de las mujeres como seres humanos, el atropello físico o verbal de los homófonos a los homosexuales o el rechazo social, e imposición de calificativos ofensivos, a aquellos que profesan determinada religión.

Muchas veces se puede dar el caso que los prejuicios arraigados de un individuo contra un grupo específico (discriminación conductual) promueve la adopción de normas o políticas discriminatorias. Verbigracia, si el presidente de un banco tiene animadversión contra los inmigrantes latinos, personas ateas o con opinión política diferente, es muy factible que promueva una política en su banco— que inhiba la contratación de personas con esos calificativos.

6.2.3. Discriminación intencional o no intencional. Es de esperar que de lo que se está hablando es de intencionalidad, es decir, la intención de crear el resultado discriminatorio. Verbigracia, cuando un grupo de jóvenes infieren agresiones físicas contra un homosexual por no estar de acuerdo con su preferencia sexual se dice discriminación intencional.

La discriminación no intencional, por su parte, se da cuando se comete un acto discriminatorio pero no pensando o ignorando las consecuencias discriminatorias que tendrá. A pesar de su carácter no intencional, este tipo de discriminación también se entiende prohibida.

6.2.4. Discriminación por acción u omisión: Esta clasificación se refiere al hecho de hacer o dejar de hacer algo. A saber, Si un agente de policía consume la detención de un joven por simple sospecha y lo acusa, en ese proceso, de ser un delincuente sólo porque le pareció desatinada su forma de hablar, vestir o sus tatuajes y, además le profiere un mal trato, aun sabiendo que no se encuentra ningún cargo contra el joven; al agente podría haber incurrido en discriminación por acción. Si por el contrario, «X» congresista, como parte integrante de una comisión que vela por los derechos de los desplazados, deja de promover una iniciativa de ley que proteja sus derechos

porque en el fondo siente rechazo hacia ellos, incurriría en discriminación por omisión.

6.2.5. Discriminación positiva o negativa. Entendemos por discriminación negativa aquellas actuaciones proferidas con rechazo, demérito y menosprecio y que son prohibidas. Por ejemplo, una ley que disponga que el Presidente de la República no puede ser ateo porque debe tener cierta moral religiosa que lo ayude a tomar buenas decisiones para el país.

Ahora bien, teniendo en cuenta que siempre hay desigualdad porque en algo somos diferentes, el Estado, con el objeto de lograr la igualdad entre grupos sociales, en ocasiones puede permitir la discriminación. Existen casos en los que se discrimina a un grupo de personas (trato preferente) para compensar la desventaja en que se encuentran, bien podría citarse como ejemplo el trato preferencial que se consiente a las personas desplazadas por la violencia en el Estado Colombiano cuando se trata de resarcir sus derechos fundamentales.

Es común encontrar, de hecho, leyes que ponen cuotas de contratación de mujeres en las empresas conformadas esencialmente por hombres, excluyendo a estos últimos, de la posibilidad de optar a esas plazas. También son reconocidas las leyes que direccionan las pruebas de ingreso, con el sistema de cuotas, para la población indígena en las universidades o la provisión de cupos escolares a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria.

Estas medidas son muy controvertidas porque hay algunos que piensan que se utiliza un mal para corregir otro. Empero, hay quienes piensan que su viabilidad debe estar sujeta, para que esté en consonancia con las directrices de los organismos internacionales protectores de los derechos humanos a criterios temporales, con un carácter integral, separando por mérito y pertinentes para con la igualdad.

Se justifica su aplicación teniendo en cuenta la necesidad de: reparar injusticias históricas, reparar discriminación social o estructural, crear diversidad o una representación proporcional de los grupos, evitar disturbios sociales, crear una mayor eficacia del sistema socioeconómico y resarcir derechos fundamentales.

6.2.6. Discriminación directa o indirecta. Se considera discriminación directa (intencional) las normas y prácticas que, de manera expresa, excluyen o dan preferencia a determinadas personas que pertenecen a tal o cual colectivo en particular. A ciencia cierta, estamos hablando de la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una misma situación, si bien por los prejuicios que de adoptan en la sociedad y los hacen ver en condición de inferioridad. Esta forma tan demeritoria de clasificar a las personas olvida que todo individuo tiene los mismos derechos de aquellos colectivos que creen dominar la sociedad.

La discriminación indirecta, por su parte, se colige como toda norma, procedimiento o acto jurídico, de carácter público o privado, formalmente no discriminatorio y a primera vista neutral, cuyas consecuencias fácticas se traducen en un impacto aparentemente positivo para individuos de una facción determinada. No obstante, a pesar de su aparente carácter inofensivo, provee una serie de supuestos teóricos, que en la práctica, tienden a ser discriminatorios. En algunos países, por ejemplo, los requisitos de estatura exigidos para algunos puestos de trabajo excluyen a los miembros de minorías étnicas, cuya estatura media suele ser inferior a la media nacional general. El carácter arbitrario de esta regla es evidente si no es necesario tener determinada estatura para desempeñar tal o cual cargo.

También puede haber discriminación indirecta si se trata de manera diferente a distintas categorías de trabajadores. A saber, en la mayoría de los países, los trabajadores domésticos están privados, de hecho o de derecho, de la protección que garantiza la ley a otros asalariados, y como, por regla general,

los trabajadores domésticos son mujeres, miembros de las minorías étnicas e inmigrantes, es una costumbre reconocerlos como un colectivo que deja de gozar de sus derechos fundamentales por no conocer de ellos.

Hablar en estos términos de exclusión, plantea una cuestión de importancia para el derecho. Si bien, se pone de manifiesto que, en ocasiones, tratar del mismo modo a personas diferentes, sin tomar debidamente en cuenta las circunstancias propias de quienes están en situación de desventaja, puede perpetuar las desigualdades existentes o incluso ahondarlas en lugar de disminuirlas. Es decir, que en algunos casos para poner en práctica la igualdad hay que tratar de modo diferente a las personas diferentes. Lo que se plantea seguidamente es si se justifica ese trato desigual y, de ser así, cuáles son los motivos aceptables para consentir cierto grado de desigualdad.

Un problema complejo relacionado con lo anterior es el de cómo valorar la diferencia entre las personas, ya que el hecho de considerar las diferencias y las semejanzas puede dar lugar a resultados injustos.

6.2.7. Discriminación inversa. Como una de las principales manifestaciones de discriminación positiva, la discriminación inversa, se entiende como una medida preferencial que incluye una serie de alternativas que pueden adoptarse para terminar o atenuar la discriminación que sufre quienes pertenecen a colectivos concretos de la sociedad. Se caracteriza por tener un contenido político que responde al cómo enfrentar el fenómeno discriminacional a través del sistema de cuotas de participación.

Deben ser siempre transitorio y su aplicación e interpretación debe ser, en estricto sentido, de derecho. Se obliga a ser de ese modo ya que el beneficio a los discriminados pasa por un filtro comúnmente identificado como perjudicial a un sector o grupo determinado. Irónicamente se la ha definido como la manera de superar las condiciones desfavorables de un grupo, perjudicándolos a todos por igual (Giménez Gluck, 1999, p, 17).

Es pertinente señalar que el concepto de discriminación positiva, inversa e indirecta, junto con las prácticas asociadas a ellas, son responsables de una nueva cara discriminacional que deja de responder al ¿cómo incentivar la igualdad y proscribir la discriminación sin cometer otra discriminación?

7. Amparo Legal Antidiscriminacional

El amparo legal antidiscriminacional o derecho antidiscriminatorio es parte integrante de los esfuerzos internacionales para invalidar aquellos actos o disposiciones que contienen o suponen un trato desigual arbitrario. Tiende, por ello, a combatir *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.*

Habían sido casi inexistentes hasta la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). A partir de ese momento fomentó el respeto por los derechos y las libertades fundamentales de todos los individuos, sin mediar distinción, por medio de estatutos antidiscriminatorios que subrayan la importancia de la igualdad real y efectiva de todos y cada uno de los individuos que componen la sociedad.

Esto último, encuentra cierta concordancia con la problemática de desigualdad intergrupala del modelo individualista del derecho liberal que, a lo largo del presente proyecto de investigación, se ha tratado de evidenciar. Desde esta interpretación, es fundamental señalar que toda teoría que responde a las causas, efectos y consecuencias del trato discriminacional, circunscribe actuaciones normativas que pueden limitar peligrosamente sus avances

político-jurídicos, si su enfoque es meramente preferencial. Es decir, si impulsa políticas públicas de acción de inversión social o discriminación positiva.

A este respecto, dos líneas estratégicas de revisión merecen particular atención. Una, que profundizaría en el contenido normativo del derecho antidiscriminatorio. Otra, que exhortaría las deficiencias que este concepto trae a colación.

7.1. Contenido normativo del derecho antidiscriminatorio.

La expresión derecho antidiscriminatorio, como es bien sabido, es relativamente nueva. Su origen se encuentra en el derecho anglosajón y en la doctrina, se refiere a los criterios jurídicos que deben emplearse para discernir cuando una diferencia, establecida en una norma jurídica de carácter legal, administrativa, penal, laboral e incluso las relaciones entre privados en el ámbito contractual, es discriminatoria y, por tanto, ilícita.

Aparentemente se trata de un concepto que vela por el respeto al principio de igualdad. Se ciñe, como es de esperarse, de un control autónomo y especial, del contenido de la norma o su aplicación, donde se precisan las medidas que han de restablecer el derecho a la igualdad y no discriminación y asegurar así, la protección del derecho a quien le ha sido vulnerado por acción u omisión.

Estos criterios han sido recogidos o inspirados desde la doctrina y especialmente, del sistema que fue pensado para proteger la libertad y los derechos fundamentales del individuo. «El *Common law* y sus mecanismos; especialmente la *equal protection clause* (igual protección de la ley), *due process* y sus derivados: la *affirmative action* o la *executive action*. Que parten del supuesto constitucional: ningún Estado negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de sus leyes» (Pojman, 1998: 43).

De acuerdo con lo que se ha dicho hasta el momento, parece que el derecho antidiscriminatorio una vez identifica una actuación como discriminatoria y la elimina, deja en el ambiente una esfera de descontento. En efecto, todo ello tiene que ver con las figuras del *disparate treatment* y del *disparate impact*, conocidas como discriminación directa y discriminación indirecta, que deriva de la *affirmative action*.

Un aspecto determinante del derecho antidiscriminatorio así visto tiene que ver con la desigualdad intergrupala. A fin de advertir la problemática de la desigualdad intergrupala, en un modelo jurídico individualista, y la dependencia que el derecho antidiscriminatorio atribuye a la diferencia de trato y no discriminación, citamos el siguiente ejemplo:

Supongamos que el porcentaje de mujeres que estudian y terminan anualmente la carrera de derecho es superior a la de varones. Supongamos que hay un curso de postgrado «Abogado de empresa» en el que el número de estudiantes de ambos sexos se iguala. Supongamos que a la hora de encontrar trabajo en las empresas el número de varones supera con creces el porcentaje de mujeres. Aquí, el derecho antidiscriminatorio, tal y como se concibe por la doctrina tradicional (más concretamente, el que gira en torno a la prohibición de discriminación por razón de sexo), solo se fijaría, en este tercer momento secuencial, es decir, en las actuaciones y prácticas de las empresas en las que, a lo sumo, y tras mecanismos de inversión de la carga de la prueba, se evidenciaría la discriminación (Barrère, 2002: 22).

Es evidente que quedarían fuera del alcance del derecho antidiscriminatorio las dos primeras secuencias. Lo que en últimas revelaría la ausencia de una conducta (individual) imputable. En otros términos, no sería un caso de discriminación, pues se carece de una mínima prueba que así lo determine. Este fenómeno sólo resulta explicable desde dos tipos de actuaciones normativas que refieren el concepto de desigualdad grupal (sexual). Por un

lado, estarían las encaminadas a identificar o detectar la discriminación y, por otro, las dirigidas a eliminarla.

A título orientativo, «las primeras serían labor fundamental del poder judicial, a través de la elaboración de mecanismos de constitucionalidad de las leyes y de los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact*, mientras que las segundas, integradoras propiamente del concepto de acción afirmativa, serían obra de los poderes normativos». (Barrère, 2002: 24). Es claro que ambos conceptos, siguen limitando el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, aunque sus esfuerzos teóricos se consoliden en el resarcimiento de derechos, su cimiento no deja de ser un talón de Aquiles.

CAPITULO TERCERO

POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Hasta el momento hemos puntualizado, con la brevedad del caso, el carácter descriptivo, valorativo y comparativo del concepto clave de todas las filosofías políticas de la edad moderna: la igualdad. Con ello dejamos al descubierto que en la práctica, el camino hacia la igualdad de trato y no discriminación, suele asentarse en un conjunto de políticas congruentes que toman en consideración los diferentes planteamientos del polimorfo y dinámico concepto de igualdad.

Así mismo, hemos dejado al descubierto el alcance del fenómeno discriminacional y del derecho antidiscriminatorio cuando se concentran esfuerzos a favor de la igualdad de trato y no discriminación. También hemos señalado los cimientos ideológicos de estos planteamientos y sus consecuencias en el plano sociopolítico.

En este orden de ideas, es importante dejar por sentado que la discriminación y sus matices son objeto de una reprobación general. Si bien es cierto, se trata de un hecho de larga data y con una difusión prolongada a lo largo del tiempo. No obstante, se ha aunado esfuerzos, nacionales e internacionales, para dirimir situaciones concretas de discriminación y colegir aquellos derechos que hacen ver como iguales a las personas discriminadas.

Para acabar con la discriminación y alcanzar la igualdad, hay que garantizar, por tanto, el resarcimiento de derechos fundamentales. Para tal fin es necesario reconocer lo que se debe erradicar y la manera de hacerlo, y así juzgar las causas y las consecuencias de las conductas discriminatorias. Esto ha hecho que un determinado número de personas reciban algún tipo de trato, en ocasiones, especial que garantice el acceso a esos derechos fundamentales en condiciones de no discriminación y promoviendo la igualdad. Esta dinámica es la que motivó, principalmente, las iniciativas extremistas de discriminación positiva. Las mismas que a continuación pormenorizaremos.

8. La discriminación positiva

Inicialmente centraremos nuestro análisis en lo que comúnmente entendemos por discriminación positiva (también conocida como acción afirmativa, inversa o favorable). Pero antes de comenzar quisiéramos hacer una advertencia: nos enfrentamos con un concepto que carece de una definición y aceptación legal. Sin embargo, para otorgarle la seriedad que amerita, es preciso, como condición previa, contar con una definición que nos aproxime a sus sustentos teóricos:

«La discriminación inversa, junto con otros fenómenos más o menos próximos a ella, es una forma de diferenciación para la igualdad. Quienes la defienden sostienen que el fin de una sociedad más igualitaria, considerada más justa, exige políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de ayudar a los menos favorecidos y de disminuir las distancias económicas, culturales y sociales entre los miembros de una sociedad. La diferencia aquí, y en su caso la discriminación, produce una desigualdad como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa» (Ruiz, 1994: 79).

En este caso hemos encontrado un buen número de supuestos teóricos que nos ayudan a entender, que la discriminación positiva, pretende circunscribir un conjunto coherente de medidas de carácter temporal, dirigidas a alcanzar niveles de igualdad (real y efectiva) de quienes tradicionalmente han sido discriminados.

Es dable señalar que se trata de estrategias destinadas a «establecer la igualdad de oportunidades por medio de políticas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales» (Parra, 2007: 157). Dichas medidas pueden ser expresadas «mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procura mejorar las oportunidades para grupos segregados en la sociedad por su condición de desventaja frente a los grupos dominantes» (Parra, 2007: 157).

En pocas palabras estamos hablando de una acción que pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo, compuesto de personas que tienen una característica común y que es razón suficiente para determinar su pertenencia al mismo, (trátase de facciones sociales, raciales, éticas, o quienes históricamente han sufrido abusos discriminatorios concretos como las personas desplazadas por la violencia en el Estado colombiano), dadas que reparan la situación de desventaja o de desigualdad en que se encuentran inmersos.

Es interesante observar que con las políticas de acción positiva se introduce el trato preferente y con él, la presión ejercida política y socialmente por quienes mitifican la igualdad de oportunidades, igualdad de resultados, igualdad de acceso o distribución de ciertos recursos, bienes o servicios (Mosley, 1986). El objetivo de establecer la igualdad, en estos términos, tiene que ver con la necesidad de dinamizar propuestas en torno al mejoramiento de la calidad de vida de los grupos desfavorecidos y el posterior resarcimiento de sus derechos fundamentales. Eso sí, con un afán netamente compensatorio en vez de reparatorio.

La tarea de establecer acciones a favor del principio de igualdad a través del dictamen compensatorio dispone de un sistema de cuotas¹⁷ que se representan en un sector social determinado y por un tiempo razonable cuando es imposible lograr la igualdad. Estamos hablando de beneficios tributarios, medidas de carácter educacional (becas, premios y financiamiento de proyectos educativos), inversión de la carga de la prueba y recursos judiciales o administrativos especiales.

¹⁷ Hay quienes piensan que las acciones afirmativas no son iguales al sistema de cuotas cuando son incluidas en el área de la educación. La Declaración de Durban y sus consecuencias en Brasil son un buen ejemplo de ello. Pues bien, promueven la autoestima de las personas con piel oscura como forma de diseminar una visión equilibrada y objetiva de la importante y valiosa contribución de África a la humanidad. Gracias a esto, en Brasil fue aprobada la Ley No 10.639, de 9 de enero de 2004, que establece la obligatoriedad de la temática «Historia y cultura Afro-Brasileña» en todas las escuelas públicas y privadas en los niveles básico y medio. Suzuki, Shigeru (2007). *Brasil en la época del multiculturalismo: Una polémica en torno a las acciones positivas*. Revista de Estudios Latinoamericanos, Africanos y Asiáticos. Universidad de los Andes, Mérida. Año 2, N° 3. Julio-diciembre, p, 80.

El método con el cual se trata de conseguir tal objetivo parte, como se ha insinuado en reiteradas ocasiones, de la idea de mejorar la situación del grupo y de resarcir sus derechos fundamentales. Circunstancia que es sumamente importante, por cuanto determinará el apoyo o la oposición de prácticas que alienten la puesta en marcha de la acción afirmativa dentro del Estado que busca la igualdad real y efectiva.

Quizá por ello, el término al cual estamos haciendo referencia, determina aquellas actuaciones (medidas legales, administrativas o prácticas) dirigidas a reducir o eliminar las prácticas discriminatorias y alcanzar así la igualdad. Sin embargo, no deja de tratarse de un fenómeno discriminatorial, aparentemente positivo, con connotaciones jurídicas negativas.

9. La desigualdad de hecho en la acción afirmativa

Desde una perspectiva moderna del Derecho podríamos decir que la política de inversión social, hasta el momento expuesta, dimensiona su quehacer discriminatorial como un deber constitucional que colige la desigualdad de hecho. Así las cosas, se constituye como criterio suficiente para legitimar el trato preferente, compensatorio y el sistema de cuotas.

Tal y como se propone desde esta línea, una vez demostrada la desigualdad de hecho, se erigen políticas de integración, inserción y asimilación de las diferencias sociales. Será imprescindible, en estos términos, prestar una atención especial, diseñada a partir de un marco netamente preferencial, que se vuelque sobre aquellos individuos que deben ser asistidos con los beneficios que profesa la acción de favorabilidad. Eso sí, con un enfoque que tiende a comparar la igualdad o la desigualdad histórica, social o económica de grupos étnicos, mujeres, longevos, discapacitados, desplazados, homosexuales, niños entre otros.

Es innegable que una política pública que sea condescendiente con *una desigualdad artificial para lograr una igualdad real* (Whithe, 2000), deja mucho de qué hablar. Aunque reúna condiciones morales, éticas y políticas para favorecer, verbigracia, laboralmente a las madres cabeza de hogar, promover horarios flexibles para las mujeres gestantes, conceder becas universitarias a jóvenes de comunidades indígenas o de familias de escasos recursos, flexibilizar el acceso laboral a personas con discapacidad, entre otras ¿cómo justificar una *desigualdad artificial* para que sea asimilada de una forma transitoria por la sociedad sin que se esgrima como una conducta discriminatorial?

Este simple hecho y dada la falta de comunicación e interacción entre los diferentes grupos humanos y los estamentos gubernamentales, la reformulación constante de derechos que no dejan de ser contradictorios con el Estado Social de Derecho y el poco interés por reintegrar el concepto de igualdad en una sociedad densamente materialista, hacen que las políticas afirmativas, adviertan la oportunidad de proponer un nuevo horizonte de derechos que, ciertamente, afectan los derechos fundamentales de las personas. De aquellos ciudadanos que armonizan su utilidad a partir de sueños excluyentes que escenifican la desigualdad por la causa y con el objeto de la igualdad. ¿Es esto viable?

No queremos dejar de hacer notar la importancia que en la lucha contra la discriminación adquiere la acción positiva al momento de favorecer, compensar, detener y castigar el riesgo creado para con los grupos discriminados en una sociedad con un alto índice de desigualdad. Sin embargo, creemos, que podría ser embarazoso valorar la magnitud del significado aplicativo que trae consigo, al observar la manera en que se ha entrado a dirimir estos conflictos de favorabilidad, compensación y redistribución.

Características estas que no dejan de ser clasificaciones indirectas de discriminación aunque cumplan funciones relacionadas con la concienciación, la facilitación y la retribución. El papel que cumplen medidas de tal envergadura (concienciación, facilitación y retribución), de acuerdo con el pensamiento de Luis Pojman¹⁸, un fiel contradictor de las políticas afirmativas, se concretan en lo siguiente:

Las medidas de formación o de carácter publicitario que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización del problema discriminacional, son medidas que comúnmente reconocemos como *concienciación*. (Lo son, por ejemplo, las campañas publicitarias para la igualdad sexual).

Las medidas relacionadas con la eliminación de la desigualdad a través de incentivos que aumenten la igualdad tienen que ver con la *facilitación*. Cabe citar que en el caso de dos supuestos desiguales, las medidas de facilitación, realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del peor situado.

Las medidas de *retribución*, como su nombre lo indica, se relacionan con la recompensa o sanción positiva que se adopta tras la realización de la acción querida; verbigracia, la asignación de un premio o una exención fiscal.

Por cierto es importante resaltar que disposiciones de esta índole, a nivel laboral, ocupación de cargos públicos y lleno de plazas universitarias parece prescindir, más bien, contrariar una idea configurada socialmente y considera como el único fundamento firme e incuestionable de la diferencia de trato, esto es, la meritocracia. Es decir, la relación entre las cualificaciones de una persona y las exigencias necesarias para desempeñar determinada actividad.

Entonces ¿si el hombre avanza en la tarea de construir un mundo equitativo y justo, por qué, está condenado a repetir sus siniestros culturales por

¹⁸ Ver al respecto el trabajo *The moral status of affirmative action*. In: WHITE, James E. Contemporary moral problems. Sixth edition. United States of America: Wadsworth, 2000, p, 112 y ss.

desequilibrios contractuales que justifican de manera temporal la desigualdad por la causa y con el objeto de la igualdad?

Es fácil entender que los esfuerzos por teorizar acciones que logren cristalizar la importancia de la igualdad y la no discriminación en términos de favorabilidad, denotan situaciones donde se altera el estado moral de las personas, lo cual implica la violación sistemática de derechos así como la imposibilidad de aproximarse a la plena realización de los mismos (Sen, 2002: N° 2).

El hecho de que la discriminación positiva tenga cierto éxito teórico y virtualmente práctico, no quiere decir que adquiera fuerza vinculante con los operadores jurídicos, si bien, esto se debe a que dimensiona sus quehaceres preferenciales violentando derechos y libertades de otro tanto número de individuos (Suzuki, 20007). Bien podría decirse, por ejemplo, que tiende a dividir una sociedad con “relativa homogeneidad cultural” y provocar, por tanto, un sentimiento de rechazo entre ciudadanos, como ocurrió y ocurre en la actualidad en los Estados Unidos con la comunidad inmigrante afrodescendiente.

Esta es justamente la tragedia que asiste la discriminación positiva. Su naturaleza antagónica circunscribe un costo: beneficio-sacrificio entre individuos frívolamente homogenizados, al igual que marginalizados, por paradójicos privilegios compensatorios.

En coherencia con lo que se ha ido manifestando hasta el momento, a nuestro juicio, la acción positiva ha de estar dirigida a combatir la discriminación estructural de ciertos grupos, una de cuyas manifestaciones sería la discriminación entendida como actuaciones imputables por diferencia de trato. (Faundez, 1994)

Sin embargo, tanto el tratamiento legal como doctrinal de la acción positiva apunta en sentido diferente, ya que, por un lado, todo el mundo parece estar de

acuerdo en que existen ciertos grupos que sufren (y han sufrido) una situación injusta de desigualdad y que el Estado, a través del derecho, ha de hacer algo por superar esa situación, pero, por otro lado, lograr un acuerdo sobre cómo se concibe esa desigualdad y qué medidas resultan aptas para corregirla se convierte en una cuestión harto espinosa para nuestra interpretación.

10. Principios generales de discriminación positiva

Resulta significativo anotar que la discriminación positiva incluye una serie de principios¹⁹ merecedores de un análisis minucioso, no sólo por los fuertes interrogantes que derivan de su formulación, sino también, por su valor social abstracto y ciertamente contradictorio. En síntesis se trata de principios que tienden a exaltar contratiempos argumentativos por la falta de claridad en su formulación. Precisamente lo que se quiere dar a entender²⁰ es que:

a) De acuerdo con nuestro *modus vivendi* ningún individuo necesita de modelos que justifiquen un rango de desarrollo personal, social o laboral para poder superarse. b) Compensar por factores raciales o sexuales es atropellar considerablemente la dignidad humana. c) La diversidad, es un factor cultural natural no una dificultad más para la sociedad. d) La desigualdad es resultado de la falta de libertades, oportunidades y derechos; finalmente, e) ir contra la meritocracia no deja de ser un obstáculo más que inhibe llamar a juicio a los más calificados.

¹⁹ Recordemos que todos los principios tienen cierta permanencia en el tiempo, es más, en ocasiones tienen mayor grado de aplicación que la mayoría de las normas. Sin embargo, los principios que son comunes a los principios universales tienen a menudo distinto alcance en cada disciplina que los exalta, lo que genera profundos cambios en su esencia inmediata. Todo principio, por sí sólo, no puede crear auténticos derechos ni verdaderas obligaciones, ni mucho menos crear libertades; pero sí puede ayudar a interpretar la realidad. Véase al respecto Valencia Restrepo, Hernán (2000). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, pág. 42 y ss.

²⁰ Tomando como punto de referencia a Pojman, Luis (1998). *The case against affirmative action*. In: *International journal of applied philosophy*, p, 35 y ss.

10.1. Principio de la necesidad de modelos

A simple vista este principio circunscribe la necesidad de imitar, de identificarse con otros, de hacerse semejante de otros que gozan de cierto éxito en el medio. En pocas palabras, del infatigable culto al héroe del siglo XX. No obstante, la necesidad de modelos, visto desde la perspectiva positiva, reproduce cualquier tipo de modelos, sin mediar entre quienes son buenos o malos modelos. El fenómeno de las narconovelas nos permite ilustrar con precisión lo perjudicial que sería imitar a personas con serios trastornos socio-culturales. Muchos televidentes pretenden vivir sus vidas imitando conductas, consideradas delictivas para la sociedad, porque los protagonistas de las mimas son sus héroes.

Evidentemente se trata de un punto de desequilibrio que propicia una serie inagotable de modelos que no pasan de ser narcos, asesinos, estafadores, drogadictos, proxenetas y demás. La dificultad que encontramos con la puesta en escena de este principio, es pues, el no especificar quiénes son dignos de admiración, quiénes merecen lealtad por su rectitud, honradez y honestidad. Quienes a pesar de su excelencia, no dejan de ser lo que son, para convertirse en falsos profetas que marchan contra la honestidad, la virtud y el mérito.

10.2. Principio de la compensación

Este principio es uno de los que más peso teórico tiene la política pública de discriminación positiva. Hemos de subrayar que no deja de ser una noción arbitraria que además de imputarse a un término que, por regla general, se encarga de indemnizar los daños causados a personas determinadas, prorroga

el resarcimiento de derechos fundamentales y el verdadero significado de la reparación.

Es arbitraria, insistimos, ya que la compensación en la contienda preferencial, escenifica un acuerdo aparentemente especial que recae sobre individuos pertenecientes a determinadas facciones, que por su estado de subordinación o; si se quiere, por su reconocida condición de inferioridad, reciben un trato preferente y transitorio, quedando expuestos, con el paso del tiempo, a que sus derechos sean nuevamente vulnerados.

Otra de las dificultades que se acrecientan con el hecho de compensar tiene que ver con la forma en que se identifica a los individuos que ha de ser compensados. Si bien es cierto, puede suceder que quien es compensado no es merecedor del alivio proporcionado o siéndolo, dejarse llevar por directrices asistenciales. Empero, una dificultad mucho más concreta tiene que ver con aquellas personas que tienen relación directa con más de un colectivo subordinado. Verbigracia, Juan, un individuo discapacitado, perteneciente a una etnia del territorio nacional y desplazado forzosamente por problemas de orden social en su región ¿bajo qué parámetros debe ser compensado? No dejemos de recordar que la dificultad se concentra en la necesidad de compensar en vez de reparar.

10.3. Principio de la diversidad

Es absurdo tan siquiera considerar, como lo ha hecho la acción afirmativa, la diversidad como un fenómeno que aumente explícitamente la exclusión. Para empezar la diversidad constata un proceso natural que consiente toda una dotación de riqueza cultural y pluralidad en una época, por cierto multicultural y, engalanada por una serie de identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad.

En este sentido, es oportuno precisar que toda persona tiene identidades de igual valor; formadas por su raza, color de la piel, sexo, preferencia sexual y demás. Ahora bien, si no se reconoce la importancia de esas distintas identidades, se ejerce, por tanto, la opresión y la discriminación²¹. Dicho de otro modo, sino se presenta un compromiso real, efectivo y equitativo que permita reconocer la diversidad, es imposible hablar de integración de las diversas identidades que convergen en una cultura mixta y variada que busca la igualdad. (Peters, 1999).

Las manifestaciones jurídicas de este tipo consideran oportuno el reconocimiento paulatino de derechos culturales, económicos y políticos de colectivos sociales concretos (como los pueblos indígenas forzosamente desplazados). Lo que en últimas significa el valor instrumental que compromete al Estado a reducir las desigualdades, alcanzar la equidad y la cohesión social. En síntesis, de un fenómeno que reforma los principios y prácticas discriminatorias para que sean socialmente integradores.

Al tenor de lo que se dicho hasta el momento es más que acertado resaltar la importancia de un programa de implantación de la igualdad, tanto en el plano normativo como el político, que atienda las necesidades propias de los colectivos desfavorecidos y mejore su representación en todos los sectores de la sociedad; y que además, impulse cuantitativa y cualitativamente a la participación de todos los sectores sociales para promover la igualdad (de trato y de oportunidades) de los diferentes grupos que componen la sociedad.

²¹ Este tipo de argumentación, basado en la diversidad, apareció a finales de los 70 fruto de la presión ejercida por los movimientos de mujeres, las organizaciones indígenas y tribales y los movimientos de lesbianas y gays, entre otros, para reivindicar el reconocimiento de su derecho a ser diferentes y la necesidad de reconocer políticamente su diversidad en todos los ámbitos de la sociedad. Con ello no se trata de alcanzar un comportamiento uniforme de hombres y mujeres o de las personas de diferentes razas o religiones, sino de implantar una estructura que integre y recompense, en pie de igualdad, los talentos, necesidades y aspiraciones propias de colectivos diferentes. Merece la pena observar que este planteamiento ha ejercido enorme atractivo en los defensores de la igualdad por motivos económicos, doctrina denominada «gestión de diversidad», según los cuales las diferencias personales y la diversidad colectiva mejoran la productividad, la innovación y la eficiencia de los trabajadores, lo cual impulsa una cultura corporativa que alienta la heterogeneidad de la mano de obra. Ver al respecto el trabajo titulado *Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia*, del investigador Carlos Parra Dussan, publicado en la revista de Derecho de la Universidad del Norte, N° 27, 2007, p, 159 y ss.

10.4. Principio de la igualdad

Como ya fue estudiado en su momento, es más que evidente advertir que todo ser humano es un ser aproximadamente idéntico pero con diferencias específicas y obvias entre sí. Desde esta perspectiva, la igualdad que se predica es aquella relacionada con parámetros de legalidad. En otras palabras, la igualdad, en estos términos, obedece a una igualdad sustancial que dinamiza con la idea de individuos similares pero no iguales regidos por una misma norma. En efecto, lo único que nos hace ver como iguales es el derecho otorgado, por medios legales, es todo aquello que unifica criterios de igualdad y con ellos precisa garantías en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

La naturaleza de este principio, como ya sabemos, es ciertamente polémica. Si bien existe una variedad de significados que ponen de manifiesto la existencia de maneras igualmente muy variadas de comprender los diferentes significados atribuidos al concepto de igualdad. Ahora bien, lo que en este momento nos interesa destacar tiene que ver con las consideraciones, que desde la perspectiva de la justicia, escenifica la igualdad con el discurso de la favorabilidad.

Entrando en materia y de acuerdo con McCrudden²² cabe distinguir tres significados o modelos de justicia que abarca el contenido material de la igualdad y no discriminación pero que tienden a opacar su estructura al momento de presentar o si se quiere argumentar su contenido normativo con políticas de discriminación positiva. Veámoslo rápidamente:

²² En regulating discrimination: advice to a legislator on problems regarding the enforcement of anti-discrimination law and strategies to overcome them), en Titia Loenen y Peter R. Rodriguez (directors): Non- discrimination law: Comparative perspectives. La Hata, Kluwer law international, 1999, p, 299 y ss.

10.4.1. Modelo de justicia procedimental o individual: Claramente se trata de un modelo individualista, lo cual confirma el abnegado respeto a la eficiencia, el mérito y el desempeño profesional. Su objetivo fundamental es cuidar de que las normas de competencia no sean discriminatorias y se apliquen con justicia a toda persona sin prebendas, sean de tez oscura o blanca, hombres o mujeres, miembros de grupos étnicos mayoritarios o minoritarios, etc.

No obstante, esta teoría además de admitir como excepción al principio de igualdad, la discriminación positiva y las medidas de adaptación especial, deja al descubierto el poco interés de la administración por reconocer que la gran mayoría de colectivos minoritarios que integran nuestra sociedad son discriminados y sus derechos fundamentales vulnerados.

Se ha criticado el modelo de justicia procedimental porque no reconoce el carácter individual e institucional de la discriminación y, porque da más importancia a la intención de discriminar de manera directa que a las consecuencias de ella. Para colmar estas lagunas se ha propuesto el concepto de igualdad sustantiva, más amplio que el de igualdad formal, ya que aboga por alcanzar en la práctica mejoras de la condición y la participación en la sociedad de los colectivos desfavorecidos (Parra, 2007).

10.4.2. Modelo de justicia colectiva: la finalidad primordial de este modelo de igualdad es reducir y erradicar gradualmente las desigualdades entre los colectivos dominantes y las facciones tradicionalmente discriminadas o con serios problemas en el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Como su eje son los efectos de la discriminación, se considera necesario reparar las consecuencias del acto discriminatorio y promover la justicia distributiva.

El inconveniente que acuña el modelo de justicia colectiva es darle más valor a expresiones como igualdad de resultados y menoscabo en goce de derechos fundamentales, que a las iniciativas mismas de discriminación. El blanco de igualdad colectiva es la discriminación indirecta o negativa y, en el plano

jurídico, se basa sobre todo, aunque no de manera exclusiva, en las estadísticas que arrojan los actos discriminatorios. El problema es reconocer si estas estadísticas van de la mano con la certeza y en especial con los antecedentes que propician la discriminación.

Este planteamiento, al momento de evaluar los efectos de los actos discriminatorios, acoge la intromisión de medidas especiales (de acción positiva), que dispone de un trato preferente a aquellos miembros de colectivos desfavorecidos o a quienes pertenecen a grupos históricamente discriminados, para que tengan acceso, por ejemplo, a la educación y al reparto de beneficios concretos en la sociedad.

10.4.3. Modelo de igualdad como participación: Aun con la importancia que tiene este modelo de igualdad, nos limitaremos a decir que busca contribuir a la igualdad participativa como condición suficiente para potenciar el resarcimiento de los derechos fundamentales. Es decir, la participación y con ello la autonomía de las víctimas de actos discriminatorios, ayuda a que las personas discriminadas den a conocer a la administración su estado de subordinación y así, poder regular el trato injustificado. Para lo cual es decisivo que participen, en pie de igualdad con otros colectivos, en los procesos de adopción de decisiones que influyen en sus oportunidades y el posterior reconocimiento de derechos.

10.5. Principio de la meritocracia.

Para nadie es un secreto que en las sociedades modernas es de vital importancia, para la sana competencia entre individuos, ceñirse por la excelencia y los méritos alcanzados con el esfuerzo propio. En un mundo de alta competitividad, esa capacidad personal se revela como fundamental. Por ello, ir contra este principio, como lo hace la discriminación positiva, no deja de ser un equívoco de proporciones mayores para la sociedad en general.

Siempre hemos escuchado que el derecho apunta ineludiblemente a favor del mérito. No entendemos como puede ser controvertido por conceptos aleatorios referidos a la compensación o a la preferencialidad. Por tanto, es claro para nosotros que ir contra la meritocracia, atropella la justa excelencia y hace permisible la mediocridad. Pues bien, el mérito hace parte de la constante búsqueda del bien común, y es lo que permite establecer un ordenamiento ético y reglamentario que garantice el dar a cada quien lo que merece.

De otro lado, aunque existen versiones que denotan orientaciones políticas diferentes y, en ocasiones incompatibles, con el valor que se le atribuye socialmente al fenómeno de la meritocracia²³, podríamos polemizar su significado si sus efectos se ven encaminados a políticas afirmativas, dada la ausencia de medidas específicas de esos valores que se seleccionan como meritorios, y la arbitrariedad en las elecciones de los mismos (McCrudden, 2002).

Por último el principal argumento a favor del mérito tiene que ver con la eficiencia que proporciona sistemas jerárquicos meritorios, ya que las distinciones no se hacen por sexo o raza, ni por riqueza o posición social, entre otros factores biológicos o culturales. Aunque existen clases sociales y sin pretender acabar con ellas, el esfuerzo individual, entendido como mérito, es un criterio mucho más justo que las preferencias comúnmente arraigadas en nuestra sociedad.

²³ McCrudden deslinda cinco nociones o modelos de mérito: 1) el mérito en tanto que inexistencia de la discriminación deliberada, amiguismo o favoritismo político; 2) el mérito en el sentido común general, conforme al cual es razonablemente probable que la posesión de las cualidades que se consideran generalmente valiosas en la sociedad sea asimismo válida para ejercer determinado puesto de trabajo; 3) el mérito ligado estrictamente al puesto de trabajo, lo cual entraña que debe contratarse o asignarse a la persona que posee las cualificaciones idóneas para el empleo; 4) el mérito en tanto que capacidad para conseguir determinados resultados, según lo cual lo más importante para desempeñar mejor un empleo no es tener las cualificaciones preestablecidas sino poseer las cualidades esenciales para llevar a cabo las tareas asignadas; 5) el mérito en tanto que capacidad para ser provechoso a la empresa o entidad, esto es, la posesión de los atributos gracias a los cuales una persona sirve lo más eficazmente posible a la misma considerada en su conjunto, más allá de su aptitud para tal o cual puesto de trabajo. Ob. cit., p, 123.

11. Análisis de la eficacia de las políticas públicas de discriminación positiva en la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas desplazadas en el Estado colombiano.

Es un hecho que las circunstancias que rodean el desplazamiento forzado en el territorio colombiano de las personas—en su mayor parte mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad— se debe a la violencia generada por el conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos u otras tantas situaciones que pueden alterar o alteran el orden público. Tales condiciones hacen que a éste colectivo de individuos vean que su vida, su integridad física, su seguridad, su libertad personal o sus derechos constitucionales fundamentales²⁴ sean vulnerados o se encuentren directamente amenazados, masiva y sistemáticamente.

Como es bien sabido, el desplazamiento, en estas condiciones, precisa una serie de efectos nocivos que provocan, entre otras cosas: «la pérdida de la tierra y de la vivienda, el desempleo, la pérdida de hogar, la marginación, el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, la inseguridad alimentaria, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la desarticulación social, el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida.»²⁵

En estas circunstancias se precisa, como condición necesaria, la intervención del Estado a fin de regular, por medio de una atención especial, a las personas

²⁴ Entre los derechos constitucionales fundamentales que resultan amenazados o vulnerados por las situaciones de desplazamiento forzoso, la Corte en la sentencia T-025 de 2004 ha señalado los siguientes: (i) el derecho a la vida en condiciones de dignidad, (ii) los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos, (iii) el derecho a escoger su lugar de domicilio (iv) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, (v) los derechos económicos, sociales y culturales (vi) el derecho a la unidad familiar, (vii) el derecho a la salud, (viii) el derecho a la integridad personal, (ix) el derecho a la seguridad personal, (x) la libertad de circulación por el territorio nacional y el derecho a pertenecer en el sitio escogido para vivir, (xi) el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio (xii) el derecho a una alimentación mínima (xiii) el derecho a la educación, (xiv) el derecho a una vivienda digna, (xv) el derecho a la paz, (xvi) el derecho a la personalidad jurídica y (xvii) el derecho a la igualdad.

²⁵ Sentencia T-602 de 2003.

desplazadas. Es aquí, precisamente, donde se apela a la atención de la población desplazada por medio de políticas públicas que contrarresten el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran, el goce efectivo de sus derechos constitucionales y la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos, en especial, del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (por ser el tema que nos ocupa). Un derecho que constituye una de las principales obligaciones reconocidas por la jurisprudencia constitucional en cabeza del Estado.

Como bien lo ha reiterado la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004, los alcances de este derecho han sido definidos por los principios 1 a 4, 6, 9 y 22, que prohíben la discriminación a la población desplazada, recomiendan la adopción de medidas afirmativas a favor de los grupos especiales dentro de la población desplazada y resaltan la importancia de que a los desplazados se les garantice un trato igualitario.

En este sentido es viable advertir que *«a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio colombiano es su situación de desplazamiento, en virtud de ésta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos constitucionales fundamentales»*²⁶ y también a ser víctimas de actos discriminatorios, de ahí la importancia de garantizar el derecho a la igualdad.

Ahora bien desde el punto de vista jurisprudencial, la respuesta estatal a medidas a adoptar para tramitar de manera preferencial y rápida la reivindicación de derechos fundamentales a personas en condiciones de desplazamiento forzado, se ven articulados en torno a acciones afirmativas, ya que se entiende que con ellas se garantiza el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación.

²⁶ T-025 de 2004.

Es aquí donde la promoción de la igualdad de trato y no discriminación y la atención oportuna del colectivo desplazado (minorías étnicas y grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos) debe basarse en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual. Con ello se busca que las políticas estatales se vean orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores, los discapacitados o las mujeres que padecen una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales.

El hecho de que esta problemática requiera de la intervención estatal se debe a que Colombia, como un Estado Social de Derecho *«imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto. Lo cual resulta—en consecuencia— vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.»*²⁷

Focalizar los orígenes históricos de este modelo y su desarrollo, confirma la concepción de igualdad material que ha inspirado el Estado Social de Derecho con la vinculación jurídica, por cierto necesaria, de la administración y aquellos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, y en especial de los más débiles, es decir, de las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y grupos discriminados o marginados.

Es por ello que se acepta que, en muchos casos, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación requiere para su realización de medidas, acciones,

²⁷ Sentencia T-772 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

prestaciones, servicios, que las personas, en nuestro caso, los pertenecientes al colectivo de desplazados, por sí mismas, no pueden asegurar dado su manifiesto estado de debilidad, vulnerabilidad e indefensión.

En razón de esta evidente dificultad, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que los desplazados tienen derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato consagrado en el artículo 13 Superior: *«el grupo social de los desplazados, por su condición de indefensión merece la aplicación de las medidas a favor de los marginados y los débiles, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución política, inciso 2º y 3º que permiten la igualdad como diferenciación»*, es decir, la diferencia entre distintos. Lo que en últimas determina la obligación del Estado de implementar políticas que propendan a la reivindicación de derechos constitucionales fundamentales. De otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de los mismos se perpetuara, y en muchas ocasiones, se agravara.

De acuerdo con el artículo 13 de la Carta, el deber estatal que se señala encuentra su fundamento último, según la jurisprudencia constitucional, en la inhabilidad del Estado para cumplir con su deber básico de preservar las condiciones mínimas de orden público necesarias para prevenir el desplazamiento forzado. En este orden de ideas, debe, por lo menos, garantizar a los desplazados la atención necesaria para reconstruir sus vidas.

Esto nos permite discernir el desafío de las políticas públicas de discriminación positiva. Mucho y muy bien se ha podido hablar de este tema, lo cual nos permite constatar si la multiplicidad de leyes²⁸, decretos, documentos CONPES, resoluciones, circulares, acuerdos y directivas presidenciales que plasman una respuesta institucional encaminada a enfrentar la problemática de la población desplazada y regular de manera concreta, la ayuda humanitaria, la estabilización socioeconómica o el retorno o restablecimiento son coherentes

²⁸ Ver al respecto la Ley 387 de 1997 por medio de la cual se adoptan las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la república de Colombia.

con los propósitos de resarcimiento de derechos (en especial el de la igualdad de trato y no discriminación).

Vale la pena advertir, a este respecto, que la discriminación que sufren las mujeres cabeza de familia, los niños y las personas de la tercera edad desplazadas ha llevado al Gobierno colombiano, adjudicar una serie de medidas que ayuden a paliar el fenómeno de la desigualdad y el oportuno resarcimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

Empero, tal ha sido la oferta que cabe preguntarse si esas medidas han logrado contrarrestar o superar, verdaderamente, el resarcimiento del derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación de la población desplazada. Es más, si la igualdad transitoria, que se adjudica estatutariamente por medio de políticas públicas de discriminación positiva, tiene algún mérito en su implementación cuando se discrimina en afán de conseguir una aparente igualdad.

Bajo este respecto somos conscientes de que la normatividad que tiene relación directa con el fenómeno discriminacional, ve la necesidad de incorporar medidas sancionatorias por el incumplimiento de las providencias que disciernen las actuaciones jurídicas a favor de las personas discriminadas por su condición de desplazamiento, teniendo en cuenta que se han incumplido las distintas fases para garantizar sus derechos²⁹. Como ha ocurrido, de hecho, con el colectivo de discapacitados de nuestro país, que gracia a un esfuerzo conjunto de muchas personas y entidades³⁰ ha sido posible incorporar, paulatinamente, la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

²⁹ Ver, por ejemplo, la sentencia T-227 de 1997 donde la Corte rechazó actuaciones discriminatorias de las autoridades de Cundinamarca contra la población desplazada.

³⁰ como el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y de la Fundación Saldarriaga Concha, quienes tienen una trayectoria larga trabajando por los derechos de las personas con discapacidad.

La presencia de asuntos tales como la accesibilidad, la educación, el trabajo, la salud y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, junto con el decidido compromiso de las autoridades y de la sociedad en general para alcanzar niveles de igualdad real y efectiva, estructuran un camino que ejemplifica la responsabilidad e inclusión social con integridad y diversidad³¹.

No obstante, este tipo de disertación parece ser un tanto contradictoria si se tiene en cuenta que se fundamenta en mecanismos transitorios de discriminación. Los resultados de la política pública de atención a la población desplazada así lo demuestran. Pues bien sus resultados no han logrado contrarrestar la situación de vulneración del derecho constitucional de igualdad de la mayoría de la población desplazada. Es decir, la política pública de ayuda a los desplazados no ha alcanzado los resultados esperados en la atención y satisfacción de sus derechos.

Existe, por tanto, un alto grado de insatisfacción con los resultados de las políticas. Se constata, verbigracia, con el acceso a la oferta institucional de los grupos desplazados dado que no existen programas especiales que respondan a las especificidades de los problemas que aquejan a dichos grupos. Tal es el

³¹ Deteniéndonos sólo un poco, ello representa un importante avance en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad al proveer un marco normativo de avanzada para que la garantía de los mismos sea una realidad. Si bien se trata de una garantía que sólo hasta el 26 de mayo del año en curso logró un pronunciamiento concreto, pues se llevó a cabo en la Cámara de Representantes el último debate de la ley aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Proceso legislativo que comenzó el 11 de Septiembre de 2008 cuando la Cancillería y la Vicepresidencia de la República radicaron el proyecto para que surtiera el proceso de ratificación y se integrara al ordenamiento legal colombiano. En este sentido podemos ubicar criterios antidiscriminatorios siguiendo, al tenor literal, la propuesta de Carlos Parra Dussan. Él expone tres momentos normativos de exigibilidad y garantías de los derechos de las personas con discapacidad en los siguientes términos: (i) La etapa de consagración normativa de los derechos de las personas con discapacidad ya se ha dado en Latinoamérica; es así como encontramos un gran número de leyes que desarrollan distintos derechos a favor de esta población, con la constante dificultad del bajo nivel de implementación de estos derechos, volviendo al problema recurrente de la exigibilidad de los mismos. (ii) La creación de las acciones afirmativas para garantizar la integración de las personas con discapacidad, modelo que ha tenido relativo éxito porque en la mayoría de los casos no se dan los incentivos, subsidios o cupos, bien por falta de sensibilidad o bien por desconocimiento de las personas beneficiarias de estas medidas. (iii) Las sanciones que obligan a cumplir las medidas de discriminación positiva contempladas a favor de grupos vulnerables. Existen fuertes debates acerca de las medidas sancionatorias, puesto que en algunos casos obliga a las instituciones a vincular a personas con discapacidad sin que exista un verdadero deseo o condición de integración a la sociedad. Tomado de Parra Dussan, Carlos (2007). *Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia*, En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 27: 134-165.

caso de las viviendas construidas para las personas en condición de desplazamiento. Pues bien, las mismas no cumplen con las condiciones mínimas de acceso a servicios públicos domiciliarios, ubicación, calidad de los materiales y distribución de los espacios. Sin contar con que el factor temporal de la ayuda prestada, resulta ser bastante limitado, dado que el límite temporal de tres meses no responde al diseño e implementación de la política que busca la continuación de sus derechos.

Otro escenario que deja entrever la ineficacia en los resultados de atención y satisfacción de derechos constitucionales fundamentales de las personas desplazadas tiene que ver con (i) no existe un plan de acción actualizado que permita una mirada integral de la política, (ii) no se han fijado metas específicas o indicadores que permitan detectar si los fines de la política se han cumplido, (iii) la asignación de funciones y responsabilidades es difusa, (iv) se ha registrado la ausencia o grave insuficiencia de algunos elementos de la política considerados fundamentales como la falta de plazos, apropiaciones, equipo humano y recursos administrativos para el cumplimiento de los objetivos propuestos, (v) falta de desarrollo de las políticas de atención a la población desplazada (vi) no hay resultados prácticos que demuestren que la política pública de atención al colectivo de desplazados va más allá de su formulación, por esta misma razón, sus fines no son idóneos, no cumplen con la adecuada protección de los derechos de los desplazados.

Lo anterior constata un problema con magnitudes inconmensurables, relacionados directamente con la respuesta estatal. Un ejemplo que trae consigo la sentencia T-025 de 2004 nos sirve para ilustrar tal situación y comprender que estamos frente a un estado de cosas inconstitucionales por la grave incidencia en la protección de los derechos de los desplazados:

La atención humanitaria de emergencia, que busca la satisfacción de las necesidades básicas de la población desplazada, tiene una cobertura del 43% de la población registrada. De esta forma se desconocen los derechos a la

vida, al mínimo vital, a la igualdad y a la salud de las personas que no acceden a dicha ayuda, es decir más de la mitad de la población desplazada registrada. Las medidas destinadas a ejecutar la política relativa a la generación de ingreso por los mismos desplazados tiene una cobertura del 19.5% de la población registrada. A su vez, la imposibilidad de generar ingresos impide que las personas desplazadas puedan satisfacer autónomamente sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud, y educación en el caso de los menores. Esto alarga y agrava la situación de vulnerabilidad de las personas desplazadas. Sin contar con que al momento de efectuarse su retorno, sin condiciones mínimas de seguridad, como reiteradas veces se ha observado, los expone claramente a amenazas en contra de sus derechos a la vida digna, a la integridad personal, al mínimo vital, a la igualdad y al trabajo.

De acuerdo con lo que se entiende por estado de cosas inconstitucionales, la Corte ha señalado que se trata de un concepto que debe de ser declarado ante situaciones de vulneración repetida y constante de derechos fundamentales que afectan a multitud de personas, y cuya solución, requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, por la prolongada omisión de la autoridades competentes en el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, proteger, en aras del principio de igualdad, los derechos de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Para tal fin ha ordenado, entre otras cosas, que se diseñen y pongan en marcha políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional. En este orden de ideas, se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos y se modifique, de hecho, las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución. Asimismo, que se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional y, por último, que se realicen los trámites administrativos,

presupuestales y de contratación que sean indispensables para atender adecuadamente la población desplazada y el goce efectivo de sus derechos.³²

En consecuencia y teniendo como referencia la propuesta inicial de analizar la eficacia de las políticas públicas de discriminación positiva en la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas desplazadas en el Estado colombiano, nos preguntamos ¿cuál ha sido, razonablemente, el papel del Estado para asegurar de manera efectiva, no teórica, su deber de protección?

Efectivamente la respuesta se direcciona a la manera en que se adoptan e implementan las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población. De hecho, lo que queremos dar a entender es que el Estado puede depender de acciones positivas para garantizar el derecho a la igualdad. Tales acciones, están dirigidas a responder a las necesidades del colectivo de personas quienes ven sus derechos vulnerados, a fin de garantizar la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos.

En el caso de la población en situación de desplazamiento y la manera como se ha dinamizado para asegurar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, la respuesta del Estado ha de dirigirse a implementar acciones positivas que ayuden a contrarrestar el deterioro de sus derechos, no obstante y dada la magnitud de las dificultades que apareja, el derecho a la protección (artículo 13 C.P) frente al prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento dejan mucho de decir.

³² T-025 de 2004.

Vale la pena precisar que aunque el estado está obligado, como mínimo, a garantizar, por ejemplo, la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria en centros educativos, públicos o privados de la zona, la deserción escolar de este grupo de individuos es notoria.

En nuestra opinión, considerar pertinente la puesta en marcha de la dinámica positiva, para darle valor agregado a la igualdad de trato y de oportunidades, a través del trato preferente, no deja de ser incompatible con el Estado Social de Derecho. Pues bien, los criterios a utilizar para identificar a los beneficiarios no necesariamente están vinculados con el grado de necesidad que demanda la atención del Estado, sino que están en función de otros criterios como ser raza, origen étnico, sexo, condición social, entre otros.

Es por ello que nos interesa conocer cómo una política aparentemente efectiva y eficaz puede contribuir a mejorar las condiciones de los grupos discriminados, o qué es lo que pretende hacer para que estos realmente resulten beneficiados sin ser discriminados.

En este sentido vale la pena advertir que las dimensiones teóricas y prácticas de la discriminación positiva; aunque se estimen benignas por su constante búsqueda de la igualdad —*intergrupala*—, se sujeta a embarazosos presupuestos y consecuencias de naturaleza jurídica, social y moral. Sobre todo por condensar un fenómeno que subraya; de un lado, la mezcla de grupos humanos distintos entre sí, coexistiendo en un mismo espacio y, reclamando para sí, derechos y oportunidades y; del otro, de un conflicto caracterizado por sacrificar intereses, ya sean individuales o grupales, en la redistribución de derechos, bienes y recursos escasos.

Es de nuestro especial interés insistir que aunque existan casos donde entran en conflicto dos o más derechos legítimos y se deba optar a dar la primacía a uno de ellos siendo en perjuicio del otro (en razón de su mayor importancia social o porque creamos racionalmente que eso es más justo que la opción

contraria) no dejamos de denunciar un comportamiento moralmente reprobable (Hodges, 1999).

De otro lado, en la mayoría de casos de discriminación positiva entran en conflicto la igualdad social y la igualdad legal. Aunque todas las constituciones establecen la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y promueven acciones para alcanzar la igualdad social, la experiencia nos muestra que no existe tal igualdad, existen, indiscutiblemente, colectivos perjudicados y colectivos beneficiados. La cuestión moral que se plantea es entonces: ¿Debe intervenir el Estado u otros poderes públicos para ayudar a esos colectivos perjudicados a igualarse socialmente con el resto de colectivos? ¿Y por qué debe ayudar a unos y no a otros si todos somos iguales?

La respuesta que esgrime la acción positiva es la siguiente: precisamente porque no somos iguales, los poderes públicos deben beneficiar a las minorías o a los colectivos desfavorecidos para que éstos alcancen la igualdad social. Y esa ayuda deberá ser a costa de las mayorías favorecidas. De esta manera se discrimina a estas últimas, pero con una finalidad moral³³. Empero, cuando los colectivos desfavorecidos alcanzan la igualdad social con respecto a los demás colectivos sociales las medidas de discriminación positiva deben cesar, pues se trata de un límite moral.

11. Conclusión

Nos negamos a cerrar este discurso no sin antes dar por sentado que los grandes cambios económicos, los diversos movimientos políticos, el conflicto

³³ Veamos un ejemplo: Aquellos que no cuentan con recursos económicos, ciertas minorías raciales y otros colectivos históricamente discriminados viven en unas condiciones de pobreza extrema que no les permiten acceder, bajo ninguna forma presente ni probablemente futura, a un derecho recogido en nuestra Constitución: el uso de una vivienda digna. A través de sus programas de ayudas sociales, el Estado les concede una vivienda de protección en condiciones a las que no pueden acceder el resto de los ciudadanos. Alemany, Macario (1999). *Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad*, En: Revista ISONOMIA N° 11/octubre p, 152.

armado, los problemas humanitarios, la pobreza y el hambre, la inequidad, el limitado crecimiento económico, el déficit en el acceso a los servicios de salud, educación y vivienda, la insuficiencia en la atención a los derechos de los grupos vulnerables como infancia, mujer, tercera edad, personas con discapacidad, indígenas, desplazados y afrodescendientes representan un reto para diseñar políticas públicas que orienten nuevas visiones de desarrollo en pro de la igualdad.

Es importante entender que el peso teórico que recae sobre estas exigencias debe limitar el campo de acción de la discriminación positiva por eso de ensanchar sus horizontes compensatorios hacia un trato que discrimina, en parte, al ya discriminado y discrimina al mismo tiempo, a otro tanto de individuos que no tienen nada que ver con la contienda preferencial, pero que ven afectados sus intereses individuales.

Sigue siendo un desacierto, por tanto, que las políticas públicas de discriminación positiva se justifiquen como un criterio de igualdad de oportunidades y; aun más, que conceda privilegios que fije la concesión de derechos como un signo que elimina la desigualdad de determinados colectivos con el empleo mismo de la discriminación.

En este sentido no basta con que se promuevan disposiciones que enmarquen el contexto normativo para resarcir los derechos fundamentales del colectivo de desplazados dentro del territorio colombiano. Se debe abordar todas aquellas dificultades relacionadas con la desigualdad, la no discriminación, la participación, la inclusión, la rendición de cuentas y la justicia social, además de la solidaridad y la cooperación con el ánimo de garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales.

Por último no dejemos de recordar que el Estado debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que

conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de derechos constitucionales fundamentales.

Para terminar la intromisión de políticas de discriminación positiva en el Estado colombiano es un debate, que por el momento, queda abierto. Solo nos resta decir, que debemos razonar en torno a la experiencia negativa que trajo consigo la política pública de discriminación positiva en aquellos países donde fue implementada. Si bien es cierto, trajo consigo resentimiento, dependencia del sector favorecido llegando incluso al victimismo y asistencialismo.

13. Referencia Bibliográfica

- ABRAMOVICH, Víctor (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- AGUILAR, Asdrúbal (1993). *La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos*. En: Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 17.
- ALEMANY, Macario (1999). *Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad*. En: Revista ISONOMIA N° 11/octubre.
- AÑÓN ROIG, María José (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México: Editorial Fontamara, D.F.
- ARISTÓTELES (1985). *La política*, Vol. II. Madrid: Espasa Calpe.
- BACCHI, Carol Lee (1996). *The politics of affirmative action. 'Women', equality and category politics*. Londres: Sage Publications.
- BARRERÉ UNZUETA, María Ángeles (1996). *Igualdad y 'discriminación positiva': un esbozo de análisis teórico-conceptual*. En: Revista DOXA N° 19.
- _____ (1997). *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: IVA/Civitas.
- _____ (2001). *Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*. En: Revista Vasca de Administración Pública N° 60.
- _____ (2002). *Igualdad y discriminación: un esbozo de análisis teórico-conceptual*, Zaragoza: Mira Editores.
- BELADIEZ ROJO, Margarita (1994). *Los principios jurídicos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Paidós.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2001). *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CEPEDA, Manuel José (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis.
- COLOMBIA, Constitución Nacional. Editorial Leyer.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993.
- _____ Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1995.
- _____ Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 1997.
- _____ Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.
- _____ Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2000.
- _____ Corte Constitucional, Sentencia T-603 de 2003.
- _____ Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.
- _____ Ley 387 de 1997.
- COMADUCCI, Paolo (1995). *Igualdad liberal*. Texto de una ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 7 de agosto, p. 2
- DWORKIN, Ronald (1995). *Los derechos en serio*, Barcelona: Editorial Ariel.
- _____ (1988). *El imperio de la justicia*, Barcelona: Editorial Ariel.
- CUENCA, Encarnación (1994). *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) N° B4. Abril-junio.
- EDWARDS, John (1987). *Positive Discrimination Social Justice and Social Policy: Moral Scrutiny of a Policy Practice*, Londres: Tavistock Publications.
- FAUNDEZ, Julio. 1994. *Affirmative action: International perspectives*. Ginebra, OIT.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derechos y garantías. Ley del más débil*, 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta.
- FRAZER, Elizabeth y Lacey (1993) *The Politics of Community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Londres: Harvester Wheatsheaf.

- FRIEDMAN, Milton y Rose (1983). *Libertad de elegir*. Barcelona: Ediciones Orbis S.A.
- FUNDACIÓN, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2005, tomo II.
- GARCIA AÑON, José (2002). “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, En: AA.VV. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p 309 y ss.
- GIMÉNEZ GLUCK, David (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo blanch.
- HODGES AERERHARD, Jane (1999). *La acción positiva en el empleo. Concepto espinoso para los tribunales*, En: Revista Internacional del trabajo, vol, 118, núm. 3, p, 274 – 303.
- JARAMILLO, Juan Fernando (2007). *¿Del clientelismo a la meritocracia?* En: Revista Semana del 11 de febrero de 2007.
- JOHNSON, Roberta Ann (1990). *Affirmative action policy in the United States: its impact in women, Policy and politics*, Princeton University Press Nº 18 (2).
- MAKKONEN, Timo (2002). Compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore. Turku abo, akademi university, institute for the human rights.
- MANRIQUE, Ricardo García (2004). *Derechos humanos e injusticias cotidianas*. Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. Nº 31.
- MARTÍN VIDA, M^a Ángeles (2000). *Las medidas de acción positiva: Fundamento y límites constitucionales*. Granada (tesis doctoral).
- MCCRUDDEN, Christopher (2002). Equality at work: legal approaches in the European community. Estudio preparado para el informe la hora de la igualdad en el trabajo (OIT, 2003). Ginebra, OIT, julio.
- _____ (1999). (regulating discrimination: advice to a legislator on problems regarding the enforcement of anti-discrimination law and

strategies to overcome them), en Titia Loenen y Peter R. Rodriguez (directors): *Non- discrimination law: Comparative perspectives*. La Haya, Kluwer law international, págs. 295-314.

- _____ (1998). (Merit principles), *Oxford journal of legal studies* (Oxford), vol. 18, n.º.4, págs. 543- 579.
- MILL, John Stuart (1974). *El Utilitarismo*. Buenos Aires: Editorial Aguilar.
- _____ (1973). *Ensayo Sobre la Igualdad de los sexos*. Barcelona: Editorial Península.
- MINOW, Martha. (1988). (feminist reason: Getting it and losing it), *Journal of legal education* (Cleveland, Ohio), vol.38.
- MOLINA PETIT, Cristina (1994). *Dialéctica de la Ilustración*. Barcelona: Editorial Anthropos.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (2002). *La interpretación constitucional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- MOSLEY, Albert (1996). *Affirmative action*. In: MOSLEY, Albert G., and Capaldi, Nicolas. *Affirmative Action: Social Justice or Unfair Preference?* (Rowman & Littlefield).
- NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981). Resolución 34/180.
- NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y social (1991). Los derechos humanos y la incapacidad. Informe preparado por el relator especial Leandro Despouy, E/CN.4/Sub.2/1991/31, 12 de junio, 25.
- NACIONES UNIDAS. Departamento de información económica y social y de análisis de políticas (1997). Informe sobre la situación social en el mundo (E/1997/15), Cap. VIII.
- OKIN, Susan Moller (1999). *Is multiculturalism bad for women?* Princeton (Nueva Jersey), Princeton University Press.
- ONU (1989). Observación general N.º 18 sobre no discriminación, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP)
- PALLARÉS, Francesc (1988). *El sistema político en acción*, En: *Revista de estudios políticos*, N.º 62, oct-dic, pp, 141-162.

- PARRA DUSSAN, Carlos (2007). *Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia*, En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 27: 134-165.
- PATEMAN, Carole (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: editorial Anthropos.
- PETERS, Anne (1999). *Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, EC and International Law*. Londres: Kluwer Law International.
- PLANT, Roger (1998). *Issues in indigenous poverty and development*. Technical Study, núm. IND-105. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- PLATA, María Isabel (1988). *Los derechos humanos y la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-1979*. Fundación Ford. Profamilia.
- POJMAN, Luis (2000). *The moral status of affirmative action*. In: WHITE, James E. Contemporary moral problems. Sixth edition. United States of America: Wadsworth.
- _____ (1998) *The case against affirmative action*. In: International journal of applied philosophy, p, 25-46.
- PUJOL ALGANS, Carmen (2000). “¿Las medidas de acción positiva discriminan a los varones?” <http://themis.matriz.net/gender/gender/001.html>, versión 20 de febrero.
- REY MARTINEZ, Fernando (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: MacGraw-Hill.
- _____ (1996). «La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 47.
- ROLANDO ARANGO, Pablo (2005). *Introducción a la filosofía moral*. Manizales: Universidad de Caldas.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo (1996). *Discurso sobre el origen de la desigualdad*. 10ª ed. México: Editorial Porrúa.

- RUIZ, Miguel Alfonso (1996). *La discriminación inversa y el caso Kalanke*. En: Revista DOXA N° 19.
- SEN, Amartya K (2002). *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Centro de investigaciones en Filosofía y Derecho N° 2.
- _____ (2002). *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad externado de Colombia. Centro de investigaciones en Filosofía y Derecho, N° 3.
- STARUSS, Leo y Cropsey (2001). *Política y derecho: Historia de la filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SUZUKI, Shigeru (2007). *Brasil en la época del multiculturalismo: Una polémica en torno a las acciones positivas*. Revista de Estudios Latinoamericanos, Africanos y Asiáticos. Universidad de los Andes, Mérida. Año 2, N° 3. Julio-diciembre, pp, 73-85.
- TALLER REGIONAL para la Adopción e Implementación de Políticas de Acciones Afirmativas para afrodescendientes de América Latina y el Caribe (2003). Extraído de <http://www.colnodo.apc.org/pipermail/mujer/2003-May/001424>.
- TOURAINE, Alain (2002). *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán (2000). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- WALZER, Michael (1993). *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: FCE.
- WESTEN, Peter (1982). *The Empty Idea of Equality*, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 95, núm. 3.
- _____ (1990) *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*. Princeton, N.J: Princeton University Press.

- WHITHE, James (2000) *Contemporary moral problems*. Sixth edition. Wadsworth publishing company and international Thomson publishing company, United States of America.

Páginas Web:

- www.populi.org.bo/pdf
- es.wikipedia.org/wiki/LGBT
- www.drechos.org/koaga/main.htm
- www.cels.org.ar/Site_cels/index.html
- [es.wikipedia.org/wiki/Sudafrica en la era del apartheid.](http://es.wikipedia.org/wiki/Sudafrica_en_la_era_del_apartheid)
- www.igualdadoportunidades.es/archivos/doc_2882007_135027.pdf