

UN DEBATE EN TORNO AL TRATO PREFERENCIAL: LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DEL COLECTIVO DE DESPLAZADOS POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO*

PAULA ANDREA RAMÍREZ MONSALVE**

Recibido: 27 de junio de 2011 • Aprobado: 10 de octubre de 2011.

Resumen

La violación masiva y sistemática de los derechos constitucionales fundamentales al colectivo de desplazados por parte de los actores vinculados al conflicto armado interno, no deja de ser un fenómeno que hoy exige, más que nunca, de un profundo análisis que ayude a dimensionar dinámicas de cambio frente a la forma como el Estado interviene y regula, aun considerando la atención especial, la protección y reivindicación de sus derechos constitucionales fundamentales. Particularmente su derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Es aquí donde la atención de la población desplazada, a través de políticas públicas en materia de discriminación

* Artículo producto del proyecto de investigación “*Eficacia de las políticas públicas de discriminación positiva en la reivindicación de derechos constitucionales fundamentales de las personas desplazadas por el conflicto armado interno en el Estado colombiano*” adscrito al Grupo de Investigaciones Ratio Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, y articulado a la línea Globalización, Derechos Humanos y Políticas Públicas. La autora interviene como coordinadora en el proyecto de investigación.

** Licenciada en Filosofía y Letras de la Universidad de Caldas, abogada de la Universidad de Manizales, candidata a magíster en Filosofía con énfasis en Filosofía moral y política de la Universidad de Caldas, docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Correo electrónico: paulapolis27@hotmail.com

positiva, protagoniza de manera coyuntural un *quehacer* jurídico que tiende a discriminar al ya discriminado.

Palabras clave: trato preferente, igualdad, discriminación, derechos constitucionales fundamentales, desplazamiento forzado, discriminación positiva, políticas públicas.

A DEBATE ABOUT PREFERENTIAL TREATMENT: THE LEGAL REIVINDICATION TO TREATMENT EQUALITY AND NO DISCRIMINATION OF THE DISPLACED HOMELESS COLLECTIVE DUE TO THE ARMED CONFLICT IN COLOMBIA

Abstract

The massive and systematic violation of the fundamental constitutional rights to the homeless collective from the actors involved in the armed conflict is a phenomenon that demands, today more than ever, a profound analysis to help measure dynamics of change against the forms of the state intervention and regulation having in mind, even, the especial attention, the protection and the reivindication of their fundamental constitutional rights, particularly their rights to treatment equality and no discrimination. It is there where the attention features, circumstantially, a judicial know-how that has a tendency to discriminate the ones already discriminated.

Keywords: Preferential Treatment, Equality, Discrimination, Fundamental Constitutional Rights, Forced Displacement, Affirmative Discrimination, Public Policies.

INTRODUCCIÓN

Sobra preguntarnos por la eficacia de las políticas públicas de discriminación o acción positiva, inversa, favorable o afirmativa frente a la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas desplazadas por el conflicto armado interno, al hacer parte de las iniciativas epistemológicas, que desde la academia, buscan responder a una serie de fenómenos que precisan ser reinterpretados a fin de propiciar la reflexión crítica de circunstancias tan coyunturales como las que se vivifican dentro del panorama nacional con el trato preferencial.

Mucho se ha dicho en torno a las políticas que alimentan el campo normativo, jurisprudencial, social, político, cultural y económico de los ciudadanos desplazados por el conflicto armado interno en líneas que revelan la regulación jurídica, la vigilancia de sus derechos constitucionales fundamentales¹, la eficacia de los mecanismos, instrumentos e instituciones encargados de protegerlos, las reformas jurídicas para facilitar las vías de inclusión, las iniciativas implementadas por el Estado colombiano para garantizar sus derechos dentro de un escenario que reclama la igualdad de trato y no discriminación.

Las políticas en materia de acción o discriminación positiva han co-tejado tal iniciativa a fin de propiciar un escenario donde la igualdad se cristalice a partir del trato preferencial. No obstante, se trata de una propuesta que tiende a reducir su validez a la ineficacia normativa. Por tratarse de una política que colige un trato preferente y, ciertamente contradictorio a la hora de reconocer, promover y garantizar derechos constitucionales fundamentales, en una cultura marcada por el anhelo a la igualdad de trato

1 Tales como (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. Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

y el repudio a las conductas discriminatorias; sus fundamentos, además de polémicos, profesan la existencia de un universo elaborado por y para la desigualdad. Bien podría pensarse, por ejemplo, que la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de colectivos tradicionalmente discriminados, donde ubicamos, por cierto, al grupo de personas desplazadas por el conflicto armado, podría pensarse desde la ficción. Si bien, porque las iniciativas adoptadas por la administración para promover, reconocer y garantizar tales derechos, los excluye; con tal vehemencia, que terminan siendo víctimas, no sólo del conflicto; sino también, de las políticas adoptadas para mediar su estado de indefensión.

Tal ha sido el impacto de la constitución de recursos y mecanismos privilegiados por parte del Estado al momento de enfrentar situaciones de desigualdad social concretamente relacionadas con el desplazamiento forzado en Colombia que la Corte Constitucional a través de la sentencia T-025 de 2004 se pronuncia confirmando *el estado de cosas inconstitucionales*, entre ellas, una serie de políticas de acción afirmativa implementadas para aminorar, transitoriamente, las dificultades que vivifican las víctimas del conflicto armado a través del trato preferente. El riesgo que se crea con la implementación de políticas con semejante envergadura se puntualiza con la concesión transitoria de derechos y oportunidades a grupos tradicionalmente discriminados y, el posterior reconocimiento de (y el derecho a) la igualdad de trato.

Esta fórmula argumentativa encausa derechos privilegiando la discriminación en términos positivos. Argumentos que dejan entre dicho su calidad normativa, puesto que no dejan de ser, de un modo u otro, lapidarios frente a la proyección de sus consecuencias igualitarias. Lo que quiere decir que, aun vinculada al derecho, las políticas públicas de discriminación positiva encausan soluciones transitorias de derechos que desconocen los estándares mínimos de lo que comúnmente conocemos como igualdad y no discriminación. Lo cual constituye, dentro del marco de protección aplicable y exigible de los derechos constitucionales fundamentales, una dificultad que apareja una serie de consecuencias vistas por la comunidad como imprecisas e ineficaces para con el fin que persigue: la igualdad de trato. Se trata, en últimas, de una propuesta que en su afán por eliminar la desigualdad, discrimina no sólo al grupo de personas que buscan resarcir sus derechos, sino también, a uno u otro grupo de la

sociedad, creando, de ese modo, un nuevo conflicto social, político, cultural y moral.

Esta característica –que constituye el rasgo fundamental y sin el cual carece de sentido hablar de discriminación positiva–, hace tambalear la estructura jurídica de corte liberal en la cual se ha inmerso el pensamiento jurídico y político de occidente. En pocas palabras, supone la inserción de una problemática que ostenta la desigualdad intergrupala en un modelo jurídico individualista.

Lo anterior exige, entre otras cosas, un análisis detallado de conceptos claves que permitan articular las dificultades relacionadas con el concepto de igualdad, el concepto mismo de discriminación (basado en la diferencia de trato), el concepto de políticas públicas y de discriminación positiva y, por último, el estado de cosas inconstitucionales. Para tal fin, y haciendo un llamado a la claridad, se proponen las siguientes fases:

La primera de ellas, precisará conceptualmente la carga retórica del principio de igualdad; su intencionalidad epistemológica, ontológica y axiológica. La segunda, nos hablará del fenómeno discriminatorio y la importancia del mismo frente a las políticas antidiscriminatorias. La tercera, individualizará el marco donde se sitúa la política pública de discriminación positiva, las dificultades que convergen en torno a la inserción transitoria de sus políticas y, finalmente, se analizará 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 por el conflicto armado en el estado colombiano, teniendo como punto de referencia la sentencia T-025 de 2004 por tratarse de una radiografía de la problemática estatal y social en cuanto la realización de derechos, de responsabilidad del Estado y de la necesidad de construir líneas estatales de políticas que protejan, oportuna y efectivamente, los derechos constitucionales fundamentales de la población desplazada más allá del trato preferente y transitorio que se ha venido revelando como ineficaz.

El punto de partida no es otro que tratar de comprender que al legitimar el trato preferente, la razón jurídica justifica el llamado a la mórbida igualdad transitoria, a fin de favorecer el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en un entorno intergrupala. Es por ello que se abordará el presente artículo resaltando que el fenómeno de la discriminación positiva aunque disponga de políticas que convergen en torno a la igualdad de trato y

de oportunidades y, el reconocimiento paulatino de derechos constitucionales fundamentales a comunidades tradicionalmente discriminadas, traza un sin sabor que nos lleva a preguntarnos si ella es ¿acertada?, ¿justa? o ¿ayuda realmente a la adecuada integración, atención y reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación del colectivo de desplazados de nuestro país?

PRECISIONES CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Lo primero que aprendemos en torno a las reflexiones propuestas por la dogmática jurídica de Occidente y el adoctrinamiento por los derechos constitucionales 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, se es consciente que cuando se materializan dificultades concretas contra la igualdad (y a su vez contra la libertad, la dignidad, la justicia 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 concretas de desigualdad (entre otros; grupos étnicos, mujeres cabeza de familia, longevos, menores de edad, discapacitados y desplazados). 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 alienen la discriminación, aun siendo contempladas, como las más razonables.

Recordemos que 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 (Martín Vida, 2000). 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 (Comanducci, 1995). 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 mismo 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, la propiedad, las oportunidades o las libertades (Held, 1996, p. 126). 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?

Para poder abordar el anterior interrogante se debe partir del contexto donde habitualmente se evoca el concepto de igualdad: su significado valorativo (Comanducci, 1995). Para tal fin y como estrategia metodológica, se partirá de un análisis lógico lingüístico de lo que comúnmente se entiende por igualdad.

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 (Giner, 2008, p. 47). 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 (Touraine, 2002), se evidencia, de hecho, la omisión teórica y práctica de un enfoque igualitario.

Es más, si centramos nuestra atención en 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 (Giner, 2008, p. 98), diríamos, que ésta 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 desiguales (Aristóteles, Libro II, 1282). Parece, en este orden de ideas, 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, Libro II, 1280).

Además de tratarse de una concepción con notable éxito histórico, si nos fijamos bien, en esta fórmula se deja al descubierto 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 (Minow, 1988), es decir: *quién es igual a quién y el qué*.

Juicio comparativo sobre la igualdad

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 *quién y qué* se considera con cualidades suficientes para emitir juicios comparativos de igualdad.

Mediante la igualdad se describe, se instaure o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común (Gimenez Gluck, 1999, p. 45). De ahí que propugnar igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, a simple vista, no resuelve los problemas de la igualdad (Giner, 2008).

Lo que resulta ser una cuestión ciertamente contradictoria 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 y parcial (Barreré, 2002). Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros (Giner, 2008). De ello resulta que los juicios fácticos sobre igualdad y desigualdad no 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 César 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

Un debate en torno al trato preferencial: la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación del colectivo de desplazados por el conflicto armado interno

juzga (Comanducci, 1995, p. 79). Por tanto, la igualdad ha de entenderse como descriptiva.

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 *filosófico-jurídico* entre la igualdad y la política y, la igualdad y el derecho.

GENERALIDADES DEL FENÓMENO DISCRIMINACIONAL

El alcance del fenómeno discriminacional no deja de ser una dificultad más que se suma al concepto de igualdad (Faundez, 1994). 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 (Giner, 2008); a pesar de los esfuerzos conjuntos, de personas e instituciones, nacionales e internacionales, que luchan insaciablemente para dirimir tal situación.

Es importante que al identificar las razones jurídicas que sustentan la discriminación positiva como la negativa, se relacionen las generalidades del fenómeno discriminacional. Es así, porque 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 explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural, violencia (Barreré, 2001, p. 62) 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, 1993, p. 96). Se puede correlacionar, además, la imposibilidad de ser analizada en términos de acumulación de actos discriminatorios individualizados.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional éste carácter sistemático, institucional y no intencional de la discriminación repercute, como es de esperarse, negativamente sobre los grupos subordinados (Cepeda, 1992). Se entiende que todo ello tiene que ver con el hecho de: a) discriminar desde una perspectiva amplia y estricta, b) la ruptura exclusiva de la discriminación con la igualdad de trato, c) la necesidad de comprender la intencionalidad al momento de discriminar y, d) la conexión existente entre la discriminación y las relaciones sociales de poder.

POLÍTICAS EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Para acabar con la discriminación y alcanzar la igualdad, hay que garantizar el resarcimiento de derechos constitucionales 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 que se denuncian como discriminatorias (Edwards, 1987, p. 46). Esto ha hecho que un determinado número de personas reciban algún tipo de trato, en ocasiones especial, que garantice el acceso a esos derechos constitucionales fundamentales en condiciones de preferencialidad. Esta dinámica es la que motiva, principalmente, las iniciativas extremistas de discriminación positiva. Las mismas que a continuación entraremos a analizar.

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

Alfonso Ruiz Miguel en *La discriminación inversa y el caso Kalanke*, advierte que «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» (1994, p. 79). La diferencia aquí, y en su caso la discriminación, produce una desigualdad como medio para conseguir la igualdad.

Por su parte, Barrère en *igualdad y 'discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual*, señala que la discriminación positiva se ve reflejada en aquellas actuaciones normativas *de favor*, con vocación de transitoriedad, encaminadas a eliminar la situación de infrarrepresentación en áreas de participación social que aqueja a determinados colectivos como consecuencia de prácticas discriminatorias (1996, p. 33).

Podría continuar citando un buen número de exposiciones que nos ayuden a entender, que la discriminación positiva, circunscribe un conjunto coherente de medidas de carácter temporal, dirigidas a alcanzar niveles de igualdad (real y efectiva) de quienes tradicionalmente han sido discriminados, pero con lo dicho hasta el momento es más que suficiente para delimitar el campo de acción de dichas políticas.

Estrategia metódica de la acción afirmativa

La estrategia metódica que comúnmente alterna con la acción afirmativa, es la de «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, p. 157). Dichas medidas pueden ser expresadas mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procure reivindicar derechos y oportunidades a los grupos segregados que evidencian su condición de desventaja frente a los grupos dominantes de la sociedad (Barréré, 1996).

En pocas palabras, se trata de una acción que pretende colegir 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, (trátense de facciones sociales, raciales, étnicas, o quienes históricamente han sufrido abusos discriminatorios concretos, por ejemplo, las personas desplazadas por la violencia en el Estado colombiano), dadas, entre las que se encuentra, verbigracia, la reparación que otorga la justicia transicional, que ayudan a reparar 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, p. 66). 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 reconocimiento de sus derechos constitucionales fundamentales.

La tarea de establecer acciones a favor del principio de igualdad a través del dictamen compensatorio dispone de un sistema de cuotas² que se representan en un sector social determinado y por un tiempo razonable cuando es imposible lograr la igualdad (Suzuki, 2007). 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.

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 tradicionalmente discriminado y de resarcir sus derechos constitucionales 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 se está haciendo referencia, determina aquellas actuaciones (medidas legales, administrativas o prácticas) dirigidas a reducir o eliminar las prácticas discriminatorias y alcanzar así la igualdad (Barreré, 2002). Sin embargo, no deja de tratarse de un fenómeno discriminacional, aparentemente positivo, con connotaciones jurídicas

2 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.

negativas, que desde la perspectiva moderna del Derecho, se postula como una propuesta anómala que colige la desigualdad de hecho. Así las cosas, se constituye la legitimidad del 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 (Corte Constitucional Sentencia T-025 de 2004). 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 (Friedman, 1983).

Es innegable que una política pública que sea condescendiente con *una desigualdad artificial para lograr una igualdad real* (Whithe, 2000), deja mucho qué desear. Aunque reúna ciertas condiciones morales, éticas y políticas para favorecer, verbigracia, laboralmente a las madres cabeza de hogar, promover horarios flexibles para las mujeres gestantes y lactantes, 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 discriminacional?

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 de aquellos ciudadanos que armonizan su utilidad a partir de sueños excluyentes que; por ende, escenifican la desigualdad por la causa y con el objeto de la igualdad (Frazer, 1993).

Es imposible 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 (Pojman, 2000, p. 129). Sin embargo, puede ser embarazoso valorar la magnitud del signifi-

cado aplicacional que trae consigo, al observar la manera en que se ha entrado a dirimir estos conflictos de favorabilidad, compensación y redistribución.

Características éstas que no dejan de ser clasificaciones indirectas de actos discriminatorios, que aunque cumplan funciones relacionadas con la concienciación, la facilitación y la retribución no cumplen a cabalidad con las necesidades de la sociedad (García Añón, 2002). El papel que juega las medidas de tal envergadura (concienciación, facilitación y retribución), de conformidad con la propuesta de Luis Pojman³, un fiel contradictor de las políticas afirmativas, se concreta en la puesta en marcha de desequilibrios sociales, morales, culturales y políticos.

Disposiciones de favorabilidad laboral, ocupación de cargos públicos y lleno de plazas universitarias parece prescindir, más bien, contrariar una idea configurada como el único fundamento firme e incuestionable de la diferencia de trato, esto es, la meritocracia (Pojman, 2000). Vale preguntar ¿qué papel cumple en las políticas de discriminación positiva?

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 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 fundamentales (Sen, 2002); así como, la imposibilidad de aproximarse a la plena realización de los mismos.

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. Esto se debe a que dimensiona sus quehaceres preferenciales violentando derechos y libertades de otro tanto número de individuos que nada tiene que ver con la contienda preferencial (Suzuki, 2007). 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

3 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.

Un debate en torno al trato preferencial: la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación del colectivo de desplazados por el conflicto armado interno

Estados Unidos con la comunidad inmigrante afrodescendiente o en Europa con la comunidad inmigrante latinoamericana.

Esta es justamente la tragedia que asiste la discriminación positiva. Su naturaleza antagónica circunscribe un costo de beneficio-sacrificio entre individuos frívolamente homogenizados, al igual que marginalizados, por paradójicos privilegios compensatorios (Faundez, 1994). Se trata de una política que en su afán por combatir paulatina y sistemáticamente la discriminación estructural de ciertos grupos que sufren (y han sufrido) determinada situación, categorizada como injusta y discriminatoria, dentro de la sociedad; concluye un alto riesgo aplicacional con sus políticas transitorias de preferencialidad (Pojman, 2000).

DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO Y SU RELACIÓN DIRECTA CON POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Es un hecho que las circunstancias que rodean el desplazamiento forzado dentro del territorio nacional –de mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad– se debe a la violencia generada por el conflicto armado interno. Para nadie es un secreto que los disturbios y tensiones interiores han encauzado no sólo la migración masiva y acelerada del colectivo de desplazados; sino también, la violación masiva y sistemática de derechos constitucionales fundamentales.

Bien sabido es que el desplazamiento, en estas condiciones, trae como consecuencia la pérdida de la tierra, la vivienda, el hogar y el acceso a la propiedad, el desempleo, la marginación, el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, la inseguridad alimentaria, la desarticulación social, el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida digna del colectivo de desplazados (Corte Constitucional, Sentencia, T-602 de 2003). Bajo estas circunstancias se precisa, como condición necesaria, la intervención del Estado a fin de regular, por medio de una atención especial, la reivindicación de derechos constitucionales fundamentales a las corrientes migratorias que requieren soluciones concretas frente a su estado de indefensión.

Es aquí, precisamente, donde se apela a la atención especial de la población desplazada, por medio de políticas que contrarresten el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran, el goce

efectivo de sus derechos constitucionales fundamentales y la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos (Corte Constitucional, Sentencia, T-602 de 2003), en especial, del derecho a la igualdad de trato y no discriminación [por ser el tema que nos ocupa]. Un derecho coyuntural que constituye una de las principales obligaciones reconocidas por la jurisprudencia constitucional en cabeza de la administración estatal.

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 constitucionales 1 a 4, 6, 9 y 22. Principios que prohíben la discriminación, recomiendan la adopción de medidas afirmativas a favor de grupos concretos y tradicionalmente discriminados y resalta la importancia de que a éstos se les garantice un trato igualitario.

En este orden de ideas es viable advertir que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio colombiano, que requieren de una atención especial por parte de la administración, es su situación de desplazamiento. En virtud de ésta condición, se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos constitucionales fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia, T-025 de 2004). De ahí la importancia de garantizarles, en consideración, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, la respuesta estatal sobre las medidas que se deben adoptar para tramitar de manera preferencial y rápida la reivindicación de derechos fundamentales a personas en condiciones de desplazamiento forzado, se ven articuladas en torno a políticas de acción afirmativa. Se entiende que con ellas se garantiza el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación.

Es aquí donde la promoción de la igualdad de trato, la no discriminación y la atención oportuna del colectivo de desplazados se convierte en una problemática que requiere de un profundo análisis. Resulta vinculante para la investigación reconocer que la promoción de condiciones de vida dignas para todas y cada una de las víctimas del desplazamiento forzado y, la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad con dicho fenómeno (Corte Constitucional, Sentencia, T-772 de 2003), a fin de instaurar un orden justo, se mide por políticas públicas en materia de discriminación positiva.

Focalizar herramientas de desarrollo bajo este modelo, 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 encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, fomentar medidas, acciones, 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 2° y 3° que permiten la igualdad como diferenciación» (Sentencia T-025 de 2004). 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 consentiría que la vulneración de los mismos se perpetuará, y en muchas ocasiones, se agravará.

De acuerdo con el artículo 13 de la Carta, el deber estatal que se señala encuentra su fundamento último en la inhabilidad del Estado para cumplir con su deber básico de preservar las condiciones mínimas de orden público indispensables para prevenir el desplazamiento forzado. En tal caso, la administración estatal debe, por lo menos, garantizar a los desplazados la atención preferencial y transitoria, para reconocer, promover y garantizar sus derechos fundamentales.

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 leyes⁴, decretos, documentos CONPES, resoluciones, circulares, acuerdos y directivas presiden-

4 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.

ciales que compendian 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 de tierras son coherentes con los propósitos de resarcimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación o, si por el contrario, se trata de un efecto dómينو frente al fenómeno discriminacional.

Cabe preguntarse, entonces, 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.

En últimas, es imposible, en estas líneas, negar que la discriminación positiva diseñe estrategias cuyas consecuencias van direccionadas hacia la hostilidad, la desigualdad, la violencia, la intolerancia, el asistencialismo, la corrupción y conflictos sociales referidos a intereses concretos. Es igualmente importante entender que su peso teórico extiende sus horizontes compensatorios hacia el fenómeno mismo de la discriminación y la desigualdad. De hecho, con ella se sigue discriminando al ya discriminado y, se discrimina, a otro tanto de individuos que nada tienen que ver con la contienda preferencial.

REFLEXIÓN FINAL

Llevar a cabo políticas públicas para cerrar la brecha de la desigualdad, la discriminación, la inequidad y la injusticia social es un reto constante dentro del Estado Social de Derecho. Es más, propiciar la reivindicación de derechos y justificar medidas de legitimidad en búsqueda del bien común, es lo que a lo largo de la historia del derecho se ha pretendido alcanzar. Quizá por ello, la constante búsqueda de la igualdad nos enseña, cómo a partir de ciertas actividades de las instituciones gubernamentales; que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos, reproduce resultados o efectos sociales que a bien tienden a regular las condiciones de desventaja, precariedad, exclusión y falta de oportunidades en que se encuentran inmersos un buen número de individuos que, por su

condición de indefensión, no cuentan con el goce efectivo de sus derechos constitucionales fundamentales.

Aunque la meta parezca ser la reivindicación de derechos constitucionales fundamentales a través de acciones afirmativas, es innegable que se trata de políticas atemporales que justifican la inserción transitoria de derechos, libertades y oportunidades engalanando la discriminación. Por más eficaz que se presente a fin instrumentalizar el concepto de justicia e igualdad, necesita ser repensada para su plena aceptación, pues bien, al discriminar positivamente se introducen inconsistencias tanto morales como sociales que atropellan el legado de la igualdad y a su vez de la eficacia normativa.

Es por ello que nos interesa conocer cómo una política aparentemente efectiva y eficaz tiende a convertirse en ineficaz. Es más cómo puede contribuir a mejorar las condiciones de los grupos discriminados, o qué debería hacer para que éstos 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 cultural, 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 en pro de la atención transitoria y preferencial del colectivo de desplazados.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Aleman, M. (1999). Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad. En: Revista ISONOMIA N° 11/ octubre.
- Añón Roig, M. J. (2001). Igualdad, diferencias y desigualdades, México: Editorial Fontamara, D.F.

- Aristóteles. La política, Vol. II. Madrid: Espasa Calpe, 1985.
- Bacchi, C. L. (1996). The politics of affirmative action. 'Women', equality and category politics. Londres: Sage Publications.
- Barreré Unzueta, M. Á. (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, M. (1994). Los principios jurídicos. Madrid: Editorial Tecnos.
- Bobbio, N. (1993). Igualdad y libertad. Editorial Paidós.
- Brage Camazano, Joaquín. (2001). Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cepeda, M. J. (1992). Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-772 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____. Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 2003, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- _____. Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____. Ley 387 de 1997.
- Comanducci, P. (1995). Igualdad liberal. Ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 7 de agosto.
- Dworkin, Ronald. (1995). Los derechos en serio, Barcelona: Editorial Ariel.
- _____. El imperio de la justicia, Barcelona: Editorial Ariel, 1988.
- Cuenca, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) N° B4. Abril-junio.
- Edwards, J. (1987). Positive Discrimination Social Justice and Social Policy: Moral Scrutiny of a Policy Practice, Londres: Tavistock Publications.
- Faundez, J. (1994). Affirmative action: International perspectives. Ginebra, OIT.

Un debate en torno al trato preferencial: la reivindicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación del colectivo de desplazados por el conflicto armado interno

- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. Ley del más débil*, 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta.
- Frazer, E. & Lacey. (1993). *The Politics of Community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Londres: Harvester Wheatsheaf.
- Friedman, M. (1983). & Rose. *Libertad de elegir*. Barcelona: Ediciones Orbis S.A.
- Fundación, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V. (2005). *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, tomo II.
- García Añón, José. “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, 2002.
- Giménez Gluck, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hodges Aererhard, J. (1999). *La acción positiva en el empleo. Concepto espinoso para los tribunales*, En: *Revista Internacional del trabajo*, Vol. 118, núm. 3, pp, 274-303.
- Jaramillo, J. F. *¿Del clientelismo a la meritocracia?* En: *Revista Semana*, del 11 de febrero de 2007.
- Johnson, R. A. (1990). *Affirmative action policy in the United States: its impact in women, Policy and politics*, Princeton University Press Nº 18 (2).
- Makkonen, T. (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, R. García. (2004). *Derechos humanos e injusticias cotidianas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Nº 31.
- Martín Vida, M. A. (2000). *Las medidas de acción positiva: Fundamento y límites constitucionales*. Granada (tesis doctoral).
- Mccrudden, C. (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 Hata, Kluwer law international, pp. 295-314.
- _____. (1998). (Merit principles), Oxford journal of legal studies (Oxford), vol. 18, núm. 4, pp. 543-579.
- Mill, J. S. (1974). El Utilitarismo. Buenos Aires: Editorial Aguilar.
- _____. (1973). Ensayo sobre la igualdad de los sexos. Barcelona: Editorial Península.
- Minow, M. (1988). (Feminist reason: Getting it and losing it), Journal of legal education (Cleveland, Ohio), vol. 38.
- Molina Petit, C. (1994). Dialéctica de la Ilustración. Barcelona: Editorial Anthropos.
- Monroy Cabra, M. G. (2002). La interpretación constitucional. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Mosley, A. (1996). Affirmative action. In: Mosley, Albert G., and Capaldi, Nicolas. Affirmative Action: Social Justice or Unfair Preference? (Rowman & Littlefield).
- Parra Dussan, C. (2007). Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia, En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 27: 134-165.
- Pateman, C. (1995). El contrato sexual. Barcelona: Anthropos.
- Peters, A. (1999). Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, EC and International Law. Londres: Kluwer Law International.
- Pojman, L. (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, pp. 25-46.
- Pujol Algans, C. “¿Las medidas de acción positiva discriminan a los varones?” <http://themis.matriz.net/gender/gender/001.html>, versión 20 de febrero de 2005.
- Rolando Arango, P. (2005). Introducción a la filosofía moral. Manizales: Universidad de Caldas.
- Ruiz, M. A. (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. En: Revista DOXA N° 19.
- Sen, A. 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.
- Suzuki, S. (2007). Brasil en la época del multiculturalismo: Una polémica en torno a las acciones positivas. *Revista de Estudios Latinoamericanos, Africanos y Asiáticos*. Mérida: Universidad de los Andes. Año 2, N° 3. Julio-diciembre, pp. 73-85.
- Touraine, A. (2002). *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Valencia Restrepo, H. (2000). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Walzer, M. (1993). *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: FCE.
- Westen, P. (1982). The Empty Idea of Equality, *Harvard Law Review*. Estados Unidos, Vol. 95, No. 3.
- _____. (1990). *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*. Princeton, N. J: Princeton University Press.