

# ESTATUTOS ANTIDISCRIMINACIÓN Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA\*

Carlos Parra Dussan\*\*

---

\* Este artículo presenta resultados parciales del proyecto de investigación: “Discapacidad y Derechos Humanos”, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

\*\* Abogado, Universidad del Rosario, Doctor en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Docente investigador Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia).

Correspondencia: Calle 14 N° 6-25. [caparra@urosario.edu.co](mailto:caparra@urosario.edu.co)

## Resumen

*Transcurridos más de veinte años desde el enfoque de garantizar la Integración Social de los grupos discriminados, sin poner en cuestión la vigencia de estas normas, se considera necesario impulsar otra tendencia que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas discriminadas o marginadas.*

*Así, lo primero que deben remover estas normas antidiscriminación es la Discriminación, entendida como toda distinción, exclusión o restricción arbitraria que tenga por objeto o resultado, consciente o inconsciente, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales a una persona o grupos de personas en lo político, económico, laboral, social, religioso, cultural y civil o en cualquier otro ámbito.*

*En esta perspectiva se mueven dos estrategias de intervención relativamente nuevas y que desde orígenes distintos van, sin embargo, convergiendo progresivamente. Se trata de la estrategia de «lucha contra la discriminación» y la de impulsar políticas de acción Afirmativa; por esto se afirma que la no discriminación más las acciones Afirmativas dan como resultado la integración social.*

**Palabras claves:** Discriminación, acciones afirmativas, equiparación, distinción, exclusión.

## Abstract

Twenty years after the introduction of the principle of social integration of discriminated groups without questioning the rules that support it, it is necessary to promote another tendency which complements it and motivates the creation of policies for discriminated or marginalized people leveling.

The first obstacle those rules against discrimination should remove is the concept of discrimination which identifies it with arbitrary distinction, exclusion or restriction which object or result, conscious or unconscious, is to damage or remove one person or group human rights and fundamental liberties' recognition, enjoyment or exercise, in political, labor, social, religious, cultural or civil areas.

According with this perspective, there are two relative new intervention strategies that, although having different origins, have converged progressively. They are the strategy "against discrimination" and the strategy which promotes affirmative action policies. Those strategies conjunction, in other words, the union of policies against discrimination and affirmative actions leads to social integration.

**Key words:** Discrimination, affirmative actions, comparison, distinction, exclusion.

*Fecha de recepción:* 28 de febrero de 2007

*Fecha de aceptación:* 26 de junio de 2007

## INTRODUCCIÓN

Este artículo es resultado del proyecto “Igualdad no Discriminación y Acciones Afirmativas”, desarrollado por la línea de investigación Grupos de Especial Protección Constitucional, del Grupo de Investigación de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Los objetivos del proyecto son los siguientes:

- Evitar y disminuir la discriminación en nuestro país, ya que ésta se presenta no sólo en agresiones físicas o verbales, sino con el cierre de oportunidades, como el trabajo, la educación, salud, etc., concienciando a las personas sobre el verdadero problema discriminatorio que existe en nuestro país.
- Estudiar a fondo las leyes, estatutos y decretos que existan sobre el tema, identificando los que aún conservan conductas de discriminación directa o indirecta.
- Analizar la evolución histórica de la discriminación en nuestro país, ya que esto es un precedente de vital importancia para la elaboración de un proyecto de un estatuto antidiscriminación, para no cometer errores que tal vez fueron cometidos en el pasado.
- Distinguir cuál es el sector más afectado de la población, es decir, cuáles son los grupos de personas más discriminados, y cuáles son las causas, para de esta forma establecer claramente propuestas para garantizar los derechos de la población más afectada.
- Buscar una especial protección de los derechos de estas personas que son discriminadas, dándoles garantías constitucionales, otorgando una seguridad y respaldo jurídico basado en verdaderas normas y leyes que sirvan para hacerles efectivos todos sus derechos y para de esta forma empezar a evitar y erradicar la discriminación en nuestro país.
- Hacer un paralelo con otros países, con el propósito de que sus leyes nos sirvan de modelo para poder orientarnos y crear nuestro propio estatuto antidiscriminación, como una guía para erradicar la discriminación en nuestro país.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio y sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales y la legislación sin distinción alguna. Asimismo, generar políticas tendientes a lograr la equidad entre las diferentes poblaciones.

De allí la vital importancia de crear un estatuto antidiscriminación, el cual debe ser elaborado teniendo en cuenta aspectos culturales, sociales, económicos, políticos, religiosos, ambientales, demográficos, sanitarios, etc.; debe hacerse con la mayor conciencia posible, otorgando verdaderas posibilidades de vida digna a las personas, con una mejor calidad, respetando diferencias en cultura, en salud, política, etc., dando equidad dentro de la inequidad, ampliando todos sus esfuerzos para que haya igualdad para erradicar la discriminación, lo cual se ha tratado de hacer desde 2003, cuando la Defensoría del Pueblo convocó a diferentes instancias representativas de las poblaciones discriminadas a trabajar en la elaboración concertada de un estatuto antidiscriminación, lo cual dio origen a un grupo interinstitucional, abierto, compuesto por diferentes organizaciones relacionadas con tipos particulares de discriminación: étnica y racial, por razón de género y de orientación o preferencia sexual, por causa de situaciones de discapacidad, debido a la edad (menores y adultos mayores), por razón de prevalencia de enfermedades catastróficas o reclusión en instituciones carcelarias, sin resultado alguno todavía, por lo que se espera ser de gran ayuda en la elaboración de propuestas para un estatuto antidiscriminación.

Este resultado de construcción colectiva se radicó el pasado 15 de agosto como proyecto de ley N° 68 de 2007 en la Comisión Primera del Senado, con la presencia del defensor del pueblo y los grupos de personas que tradicionalmente han sufrido la discriminación histórica o social.

En el Derecho comparado, y en particular en el derecho colombiano, son muchas las disposiciones que enmarcan el contexto normativo para los grupos marginados o tradicionalmente discriminados, las cuales se consideran amplias y adecuadas, pero la realidad presenta un problema que aumenta y niega las condiciones de equidad para esta población. La situación es desfavorable y la condición de marginalidad en los espacios sanitarios, culturales, educativos y laboral es evidente. Esto sin contar la discriminación en los procesos políticos y sociales.

Las razones para que esto suceda pueden estar enmarcadas dentro de lo que habitualmente se denomina “crisis general”, pero en realidad pesan más la falta de conciencia y la carente voluntad política en los estados, que en complicidad con la escasez de recursos, la persistencia de creencias, actitudes y prácticas intolerantes, negativas y excluyentes nos alejan significativamente del precepto fundamental según el cual todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho.

El conflicto 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, vivienda, así como la insuficiencia en la atención a los derechos de los grupos vulnerables como infancia, mujer, tercera edad, personas con discapacidad, indígenas y afrocolombianos representan el reto de diseñar políticas públicas articuladas que orienten nuevas visiones del desarrollo en una perspectiva de derechos en el marco de un proceso de concertación entre el Gobierno y la sociedad civil.

Por esto se hace necesario en nuestras legislaciones una ley antidiscriminación, que promueva, garantice la igualdad y prohíba y sancione la discriminación, entendida como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades establecidos por la Constitución y las leyes en razón de su color, origen étnico, cultural, nacional o socioeconómico, sexo, género, orientación o preferencia sexual, religión, creencia, opinión política, discapacidad, enfermedad, estructura genética, idioma, nacimiento, estado civil, edad, actividad laboral, imagen personal o cualesquiera otra condición social o individual.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ESTATUTOS ANTIDISCRIMINACIÓN

### 1.1. Estados Unidos

En Estados Unidos, la implementación de Acciones Afirmativas por parte de la administración de ese país surge como medida de carácter intervencionista, cuya primera referencia histórica se presentó por primera vez en el New Deal Wagner EE.UU. act. de 1935, tal medida

se define como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board) de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica (Peters, 1999).

Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial surge lo que hoy se conoce como “Derecho Antidiscriminatorio”, el cual abarca las actuaciones judiciales y normativas de distintas jerarquías y alcances, las cuales se establecen: para detectar la discriminación, en el primer caso (estrados judiciales), y en el segundo caso, dirigidas a eliminar la discriminación socioestructuralmente, las cuales serían obra de los poderes normativos en sentido estricto (originaria y fundamentalmente del legislativo y la Administración Pública).

Algunos autores sostienen que estas medidas tienen sus primeros antecedentes en la lucha contra la división de castas en la India (Alfonso, 1994), sin embargo sólo hasta 1950, con la promulgación de la Constitución de la India, se estableció la prohibición de la discriminación por castas; “pero es sólo en 1961, con la orden del presidente Kennedy que establece un comité presidencial para igual oportunidad en el trabajo, que se habla de *affirmative action*, en el sentido de política activa para contrarrestar la discriminación” (Kemelmajer, 2004).

Las Acciones Antidiscriminación han tenido su espacio en las agendas presidenciales. En 1965 el presidente Lyndon B. Johnson en un discurso pronunciado en la Universidad Howard afirmó: “No se toma a una persona que ha estado encadenada durante años, se la libera y se la coloca en la largada de una carrera y se le dice: ‘eres libre para competir con todos los demás’, y se cree honestamente que uno ha sido completamente justo. . . ”

Gran parte de la lucha racial de los movimientos de reivindicación civil en Estados Unidos consistió en obtener leyes “sin color” y promover acciones para mejorar la igualdad. Uno de los logros en el campo de la contratación laboral es la Orden Ejecutiva 11246 en 1965, en la que se exhortaba a las compañías que quisieran formalizar contratos con la administración por un monto superior a los 50.000 dólares, al cabal cumplimiento de la Acción Afirmativa que estaba encaminada a favorecer la Contratación de trabajadores pertenecientes a minorías.

En 1967 se rectifica la orden ejecutiva citada para incluir la discriminación sexual, y a partir de este año y en los comienzos de los setenta, la política de Acción Afirmativa se extendió a las universidades, en la medida en que desearan obtener financiación pública, adquiriendo así un fuerte impulso y una mayor concreción de sus fines (Barrére, 2002).

Las mujeres como grupo minoritario también obtuvieron éxitos en materia laboral; uno de ellos es el ejemplo comentado por el tratadista español Alfonso Ruiz al referenciar cómo las empresas con contratos estatales estuvieron obligadas a llevar programas de Acción Afirmativa para contratar preferentemente a mujeres en puestos de alta responsabilidad (Alfonso, 1994).

Gracias a las acciones desplegadas por movimientos de derechos civiles y reivindicación de justicia social, las acciones afirmativas tuvieron su desarrollo en la sociedad americana con efectos tanto en la legislación (Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, luego modificado por la Ley de igualdad de oportunidades en el empleo de 1972, orientadas, entre otros temas, a mejorar las oportunidades de las minorías en el trabajo, la educación, la asignación de contratos públicos y la participación política) como en las políticas públicas.

## 1.2. Argentina

Por su parte, en la Ley Antidiscriminación en Argentina, Ley 23.592 de 1988, la discriminación es consagrada en el Art. 1: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

## 1.3. México

En México, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación entró en vigor el 12 de junio del 2003. Tiene por objeto prohibir

cualquier forma de discriminación, entendida como el acto de impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Con base en esta ley se creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, cuya función es atender las quejas y reclamaciones de las personas excluidas, así como también formular y promover políticas públicas para combatir todas las formas de discriminación y promover la igualdad de oportunidades y de trato. A continuación se presentan los aspectos más relevantes de este marco normativo. Artículo 1.- El objeto de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del artículo 1 constitucional, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

#### 1.4. España

En España, la Ley 51 de 2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se expidió con base en la Constitución española, que en su artículo 14 reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el artículo 9.2 de la Ley Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social; asimismo, el artículo 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos, la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

Vemos claramente cómo la estrategia de lucha contra la discriminación se inscribe en la larga marcha de algunas minorías por lograr la igualdad de trato y por el derecho a la igualdad de oportunidades. Así, encontramos que en el ámbito internacional existe una gran sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social. La Organización de Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones internacionales, trabajan en estos momentos



en la preparación de documentos programáticos o jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

### 1.5. La Unión Europea

La Comisión de las Comunidades Europeas publicó en mayo de 2005 el que denominó "Libro Verde" sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea Ampliada (Quintín, 2004). Este Libro se elaboró a petición del Parlamento Europeo y de varias organizaciones de la sociedad civil, y busca hacer una consulta pública sobre el futuro desarrollo de la política europea sobre igualdad y no discriminación. Como allí mismo se anota, "en el capítulo 2 del presente Libro Verde se pasa revista a lo que ha hecho la UE en los últimos cinco años para combatir la discriminación y promover la igualdad de trato... En el capítulo 3 se analizan los nuevos desafíos que se han planteado en los últimos años, incluidos los relacionados con la ampliación de la UE. Se evalúan las repercusiones de este contexto en evolución para el desarrollo político en el ámbito de la no discriminación y la igualdad de trato".

Con base en la experiencia de la UE en la lucha contra la discriminación por razones de sexo, en 1997 se incluyó un nuevo artículo (el 13) en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que fue luego modificado por el Tratado de Niza. Con fundamento en esta norma, la Comisión Europea aprobó primero la Directiva "igualdad racial" (Comisión Europea, 2000a) y luego la Directiva "igualdad en el empleo" (Comisión Europea, 2000b). Más tarde se proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales, cuyo artículo 21 prohíbe la discriminación. En otras palabras, la UE primero luchó contra un factor concreto de discriminación (sexo), luego profirió dos directivas, una de ellas sobre una discriminación (racial), más tarde reformó los tratados e incluyó ocho factores de discriminación, y por último la Carta de los Derechos Fundamentales incorpora 16 motivos de discriminación. Como se advierte, en los últimos cinco años ha habido un ensanchamiento progresivo en los estándares de protección de la igualdad en las normas europeas.

También la UE ha elaborado un programa de acción comunitaria para luchar contra la discriminación, que incluye acciones y recursos sostenidos para el período 2001-2006 (Comisión Europea, 2000c). Además de este aporte normativo existe importante jurisprudencia

del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre protección efectiva de la igualdad.

Igualmente se destaca el hecho de que varios países europeos han ido más allá de los niveles mínimos europeos y además han creado un organismo interno único que se ocupa de todos los motivos de discriminación, con autonomía jurídica y patrimonial

Por esta marcada tendencia internacional y en procura de lograr nuestra propia identidad, en Colombia hemos querido construir nuestro propio estatuto antidiscriminación con objeto de desarrollar el derecho constitucional fundamental de igualdad, con el fin de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; prevenir, eliminar y sancionar toda forma de discriminación y adoptar medidas a favor de grupos discriminados por razones de raza, color, origen familiar, sexo, religión, edad, nacionalidad, opiniones políticas o de otra índole, identidad de género, idioma, orientación sexual, discapacidad, condición económica, social y, en general, por otras causas o condiciones.

Una vez estudiado el derecho internacional y habiendo comprobado su esfuerzo por la protección al menos jurídica de la población en general y posteriormente de nuestra realidad latinoamericana, habiendo revisado con detenimiento la normativa regional, el propósito de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, considero que es el momento de hacer un llamado a la sociedad para que un verdadero principio de igualdad se aplique entre nosotros ; un llamado para que nuestro continente crezca en medio de una cultura de respeto a la diferencia, que los ideales de las Naciones Unidas de una sociedad para todos en el siglo XXI sea desde ahora el principio reinante en nuestra sociedad latinoamericana.

Podemos afirmar que los derechos humanos y el desarrollo humano están íntimamente unidos y forman parte de la esencia de los “Objetivos de Desarrollo del Milenio”: “[...]. La mejor manera de alcanzar cada uno de estos Objetivos consiste en abordar toda la problemática relacionada con los derechos humanos: la igualdad, la no discriminación, la participación, la inclusión, la rendición de cuentas y la justicia social, además de la solidaridad y la cooperación internacionales. Ello quiere decir que para conseguir los ODM (Objetivos de Desarrollo del Milenio) debemos basar nuestra actuación en los derechos humanos, prestando

atención no sólo a los resultados del desarrollo sino también a las formas de luchar por éste" (Malloch, 2005).

## 2. CONCEPTO DE LOS ESTATUTOS ANTIDISCRIMINACIÓN

Con la postmodernidad, el respeto de la igualdad hizo resaltar el respeto por el derecho a la diferencia. Como anota Mesa, "la visión liberal de la modernidad entendió, formuló y defendió una idea de igualdad en sentido neutral, formal y abstracto. La igualdad se confundió con uniformidad, se negaron las diversidades, se buscó la integración como asimilación, de ahí surgieron las diversas discriminaciones. Pero hay en la humanidad otros seres y grupos diferentes (diversidad) pero con los mismos derechos, pero además es posible que esos otros humanos por el hecho de ser diferentes, excluidos y en desventaja, tengan unos derechos especiales para buscar la equidad y la inclusión material" (Mesa, 2004).

Como su nombre lo indica, se trata de una ley estatutaria cuyo objeto es desarrollar el derecho constitucional fundamental de igualdad, con el fin de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; prevenir, eliminar y sancionar toda forma de discriminación y adoptar medidas a favor de grupos discriminados por razones de raza, color, origen familiar, sexo, religión, edad, nacionalidad, opiniones políticas o de otra índole, identidad de género, idioma, orientación sexual, discapacidad, condición económica, social y, en general, por otras causas o condiciones.

Transcurridos más de veinte años desde la tendencia a garantizar la Integración Social de los grupos discriminados, sin poner en cuestión la vigencia de estas normas, se considera necesario impulsar otra tendencia que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas discriminadas o marginadas. Dos razones justifican esta nueva dinámica: la persistencia en la sociedad de desigualdades, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales y al meritorio esfuerzo hecho a partir de aquella primera etapa y, lo que es más importante todavía, los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la discriminación y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias.

Así, lo primero que deben remover estas normas antidiscriminación es la *Discriminación*, entendida como toda distinción, exclusión o

restricción arbitraria que tenga por objeto o resultado, consciente o inconsciente, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales a una persona o grupos de personas en lo político, económico, laboral, social, religioso, cultural y civil o en cualquier otro ámbito.

En esta medida, constituye discriminación todo acto que se realiza con base en un criterio o motivo sospechoso que tenga como objeto o resultado impedir, negar o limitar el acceso a bienes y servicios en los ámbitos definidos anteriormente.

La discriminación, en primer lugar, puede ser directa o indirecta. La directa es la que se encuentra contenida en una norma jurídica, y la indirecta es la que se expresa en la aplicación o interpretación del derecho o en cualquier ámbito de las relaciones humanas. La discriminación es activa cuando se da un trato diferente injusto, o pasiva, cuando se omite o desconoce la necesidad de diferenciación ante situaciones desiguales.

La violación del derecho de igualdad puede referirse a cualquier derecho humano, es decir, bien referido a derechos civiles y políticos, derechos económicos sociales o culturales o derechos colectivos. Igualmente se entenderá como discriminación el no cumplir las acciones afirmativas consagradas en los Estatutos Antidiscriminación.

Hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona discriminada o marginada tienen su origen en sus dificultades personales, pero también, y sobre todo, en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos.

Siendo esto así, es preciso diseñar y poner en marcha estrategias de intervención que operen simultáneamente sobre las condiciones personales y sobre las condiciones ambientales.

En esta perspectiva se mueven dos estrategias de intervención relativamente nuevas y que desde orígenes distintos van, sin embargo, convergiendo progresivamente. Se trata de la estrategia de «lucha contra la discriminación» y la de impulsar políticas de Acción Afirmativa; por esto se afirma que la no discriminación más las Acciones Afirmativas dan como resultado la integración social.

La estrategia de lucha contra la discriminación se inscribe en la larga marcha de algunas minorías por lograr la igualdad de trato y por el derecho a la igualdad de oportunidades. Lo que se traduce en la eliminación de la Discriminación y la adopción de medidas de acción afirmativa.

### 3. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN EN COLOMBIA

La acción proactiva de las poblaciones y grupos objeto de discriminación, a través de sus organizaciones, es de vieja data. Las comunidades indígenas, por ejemplo, vienen luchando por su afirmación como sujetos de un “derecho mayor” desde la época de la cNquista y han mantenido hasta el presente su aspiración de que se les reconozcan sus derechos a la diferencia, al territorio, a la cultura y a sus tradiciones. Más recientemente han centrado su acción en favor de la defensa de su autonomía y de sus autoridades tradicionales y para ser reconocidos como pueblo con derechos impostergables e inalienables.

Los afrodescendientes, por su parte, vienen insistiendo de tiempo atrás sobre la importancia de que Colombia sea un país donde se valore y respete la diferencia y en el que todos quepan con dignidad. La participación activa de organizaciones afrocolombianas dio origen al Artículo Transitorio 55 de la Constitución Política de 1991, que después se tradujo en la Ley 70 de 1993, en virtud de la cual se les reconocen, entre otros, derechos territoriales.

Las organizaciones feministas y las que defienden el derecho a elegir una opción sexual, no solamente han influido en la legislación, sino que han logrado avances significativos en la erradicación de estereotipos discriminatorios. Así mismo, las organizaciones de personas en situación de discapacidad han venido generando propuestas y realizando acciones en favor del reconocimiento de sus derechos y para que el Estado actúe en consecuencia.

Como producto de esos esfuerzos se pueden registrar avances legislativos y el asomo de cambios culturales y actitudinales en la población en general que se reflejan tanto en el léxico como en la conceptualización. Antes, por ejemplo, era frecuente que se hablara de la discapacidad como una enfermedad, por lo que se consideraba al discapacitado como

un enfermo; ahora, es común que se hable de personas que “viven en situación de discapacidad”.

Sin embargo, esos esfuerzos siempre fueron aislados, sin que mediara un proceso de articulación entre las diferentes expresiones organizativas de las poblaciones, sectores y grupos discriminados. En un intento por superar dicha fragmentación y por construir una plataforma conjunta de acción contra la discriminación, la Defensoría del Pueblo colombiana convocó a diferentes instancias representativas de las poblaciones discriminadas a trabajar en la elaboración concertada de un *estatuto antidiscriminación*. Eso dio origen a un grupo interinstitucional, abierto, compuesto por diferentes organizaciones relacionadas con tipos particulares de discriminación, como étnica y racial, por razón de género y de la opción sexual, por causa de situaciones de discapacidad, debido a la edad (menores y adultos mayores), por razón de prevalencia de enfermedades catastróficas o reclusión en instituciones carcelarias,

Los miembros del grupo venimos reuniéndonos desde el 2003 y hemos realizado varios encuentros y talleres, no solamente para trabajar el estatuto, sino también para construir un plan de acción contra la discriminación. La propuesta de un estatuto antidiscriminación en Colombia es en buena medida resultado de la producción colectiva de esos talleres, y está orientada a trascender lo sectorial, generar sinergia y evitar la realización de esfuerzos dispersos, para poder así potenciar las acciones de lucha por la inclusión y contra la discriminación.

Es además una propuesta incluyente que recoge posturas diversas, que representa un acuerdo sobre los caminos que se deben seguir para actuar conjuntamente contra la discriminación y la exclusión y que será ejecutada por las organizaciones participantes en su elaboración.

#### 4. CAUSAS COMUNES A LAS DIFERENTES FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Los prejuicios, u opiniones preconcebidas y arbitrarias contra las poblaciones anteriormente señaladas y que a través del tiempo se han traducido en actitudes desfavorables u hostiles hacia ellas, tienen su origen en las representaciones e imaginarios que surgieron en el proceso de construcción de la nación. Su característica diferenciadora es que se fundamentan en estereotipos, históricamente conformados y

culturalmente legitimados. Las causas últimas de dichos estereotipos tenemos que buscarlas en las dinámicas que dieron lugar al surgimiento de la sociedad colombiana en la que se les asignó un papel subordinado a los pueblos no europeos, a las mujeres y a los grupos vulnerables, y en la que la sociedad dominante excluyó a los prototipos que no se correspondían con la noción, cultural y socialmente aceptada, de lo “correcto” o de lo “normal”.

Sin embargo, la discriminación tiene causas más inmediatas. Existe, por ejemplo, ausencia de conciencia pública y desconocimiento de los derechos, las necesidades y las situaciones concretas de las poblaciones y grupos discriminados. Se puede señalar también el escaso compromiso del Estado para hacer cumplir las normas y para asignar recursos para avanzar hacia la satisfacción de los derechos de quienes son discriminados. De común ocurrencia es que los funcionarios públicos desconozcan esos derechos.

También las falencias de las mismas poblaciones y grupos discriminados actúan en favor de la discriminación. En términos generales, falta empoderamiento y mayor capacidad para demandar sus derechos, a veces por desconocimiento de esos mismos derechos o de las normas existentes, o por debilidad organizativa o de coordinación para exigir su cumplimiento, para formular propuestas y para vigilar el cumplimiento de la legislación vigente por parte del Estado.

## 5. OBJETIVOS GENERALES DE LOS ESTATUTOS ANTIDISCRIMINACIÓN

Los Estatutos Antidiscriminación buscan contribuir a la eliminación de los prejuicios y de las diferentes prácticas discriminatorias, a la valoración de las poblaciones objeto de discriminación y al reconocimiento de sus derechos.

Igualmente pretenden generar responsabilidad y compromiso en las entidades públicas con la eliminación de prejuicios, estereotipos y prácticas discriminatorias.

Las realidades del contexto social, económico y político y los compromisos de carácter internacional adquiridos por Colombia obligan a realizar un esfuerzo de comprensión entre las políticas públicas locales,



las tendencias mundiales en el desarrollo y la obligación del cumplimiento de convenios y tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, con el propósito de eliminar la discriminación y procurar una sociedad más equitativa, dando así una verdadera solución a los problemas que aquejan a nuestro país.

El conflicto 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, vivienda, así como la insuficiencia en la atención a los derechos de los grupos vulnerables como infancia, mujer, tercera edad, personas con discapacidad, indígenas y afrocolombianos representan el reto de diseñar políticas públicas articuladas que orienten nuevas visiones del desarrollo en una perspectiva de derechos en el marco de un proceso de concertación entre el Gobierno y la sociedad civil.

## 6. COMPONENTES DE LOS ESTATUTOS ANTIDISCRIMINACIÓN

### 6.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

#### 6.1.1. El derecho a la igualdad formal o ante la ley

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 la Constitución, es la fórmula inicial y clásica de la igualdad formal.

Debemos recordar que ésta fue la respuesta de los revolucionarios franceses de 1789 a las prerrogativas estamentales o hereditarias que venían desde la Edad Media.

En la Revolución Francesa, en efecto, se consagró la igualdad como uno de los criterios mediante los cuales quienes inspiraron dicho levantamiento burgués aspiraban a superar las condiciones de desventaja en que estaban sumidos frente a los nobles. La igualdad fue entonces emblema que se concretó en derecho. A partir del siglo XVIII, y posteriormente con la Revolución Industrial a partir del siglo XIX y con las luchas sociales contra la discriminación racial como fenómeno paradigmático de reivindicación social en el siglo XX, por sólo destacar algunos de los grandes sucesos de desarrollo de este derecho, la igualdad se ha ido cargando de complejidad, de tal manera que ya no se trata de



una versión simplista de igualdad ante la ley, en la versión antigua de la *isonomía*, sino principalmente de una igualdad ante la vida, con todo lo que esto implica a nivel de reclamo de mejores condiciones sociales y de persistente defensa de condiciones de equidad.

Hemos pasado entonces de la búsqueda de reconocimiento de igualdad en nuestra común condición de humanos a la necesidad de reivindicar valores más complejos y completos como el de la equidad, el cual trasciende la dimensión de la legalidad para instalarse en la conciencia social como condición de posibilidad de un sujeto actuante que, al tiempo que reclama ser tratado en igualdad de condiciones legales, también reivindica la necesidad de recibir lo que considera que merece de acuerdo con su contexto vital, como desarrollo moderno del dar a cada cual lo que le corresponde.

La igualdad formal pregonaba entonces la existencia de una misma ley para todos, lo que implica la supresión de fueros y privilegios. Esta igualdad formal tiene sus limitaciones: se busca que todos los competidores de una carrera partan de la misma línea inicial, pero no le importa quién gana, quién pierde ni los métodos que se empleen. Como dicen los franceses, “todos tienen el mismo derecho de morir de hambre bajo los puentes de París”.

Como expresión de la igualdad formal se encuentra la igualdad jurídica o igualdad de derechos y libertades, que es la igualdad a gozar de todos los derechos fundamentales enumerados en una constitución. Es un concepto más restrictivo que el anterior, pues apunta a establecer que todos los miembros sean personas para el derecho. Implica, por ejemplo, rechazar la esclavitud. Para Bobbio, la igualdad de los derechos no es sólo exclusión de discriminación no justificada (igualdad ante la ley), sino atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. La igualdad jurídica significa que todos los ciudadanos son destinatarios del derecho y tienen capacidad jurídica (frente a sociedades esclavistas) (Bobbio, 1993).

### 6.1.2. El derecho a la igualdad de trato y de protección

Esta arista de la igualdad no mira la norma sino su aplicación, esto es, se trata de un fenómeno sociológico, y consiste en el deber de las autoridades de no relacionarse con las personas en forma discriminatoria, en los

diversos ámbitos o escenarios. Las autoridades no pueden desproteger a un grupo poblacional o proteger más a un grupo que a otros, sino que debe proteger a todos por igual, mediante un trato similar.

### 6.1.3. El derecho de igualdad de oportunidades

La igualdad de oportunidades es la igualdad de chances o de puntos de partida en la vida para participar o competir en los diversos escenarios sociales y estatales. Esta arista de la igualdad apunta a que sean semejantes las condiciones de participación en la competición de la vida. Para ello es previsible entonces establecer acciones afirmativas, precisamente para compensar las desventajas de hecho de un grupo poblacional específico.

### 6.1.4. El derecho de igualdad frente a las cargas públicas

La jurisprudencia contencioso administrativa ha acuñado de tiempo atrás la expresión “igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”, como justificación de la responsabilidad patrimonial del Estado por daño especial. Según este aporte pretoriano, si el Estado funciona bien, esto es, si no hay falla o falta del servicio, pero aun así se ocasiona un daño especial a una persona, ésta no tiene por qué asumir, ella sola, el costo de una obra que benefició al interés general. En estos casos, a pesar de la falta de culpa, o sea, a título de responsabilidad objetiva, el Estado indemniza a la víctima, precisamente por la ruptura del principio de igualdad. El proyecto de ley que nos ocupa no hace entonces sino recoger esta dimensión de la igualdad en la jurisprudencia administrativa.

### 6.1.5. El derecho a la diferencia

El derecho a la igualdad exige no sólo el respeto por la igualdad formal y material de todos sino además el respeto a los distintos, en el entendido de que el otro es un ser singular que no debe ser encasillado en modelos estandarizados o en mundos predefinidos por otros. Como agrega la doctrina, el otro, el distinto, pasa por el deseo singular (Correa, 2005).

El derecho a la diferencia se expresa en la fórmula según la cual “los casos semejantes deben recibir un trato parecido y los casos diferentes deben recibir un trato diverso”. Esta regla, que viene desde Aristóteles, es para Bobbio “la regla de justicia”, vale decir, el establecimiento de

los criterios para tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, ya que ello modela una forma de aplicar la idea de justicia.

En consecuencia, el derecho a la igualdad no excluye el trato legítimo diferente, esto es, el trato diverso adoptado o conferido en función de criterios razonables y objetivos y cuyos propósitos sea constitucionalmente legítimo.

La diversidad de las personas enriquece la identidad nacional, propicia el pluralismo, respeta la dignidad humana y configura una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

#### 6.1.6. El derecho a la igualdad material

El derecho a la igualdad material consiste en la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, vale decir, para que exista igualdad material, con el fin de “enderezar las cargas”. El Estado respecto de la igualdad no sólo tiene una obligación –pasiva– de no hacer discriminaciones, sino también una obligación –activa– de hacer: promover la igualdad real y efectiva. Se establece aquí un deber del Estado, a través de todas sus ramas y órganos, con el fin de reorientar sus actividades hacia la efectividad del derecho de igualdad. Esta faceta de la igualdad configura entonces una expresión del Estado social de derecho (art. 1º CN). Además, la igualdad material guarda armonía con la facultad del Estado para intervenir la economía (art. 344 CN) y con el papel del Estado en materia de servicios públicos, que también tienen una finalidad social (art. 365 CN).

Tenemos que recodar también aquí que si la igualdad formal fue una conquista del liberalismo individualista, la igualdad material fue un aporte de las revoluciones socialistas y las doctrinas del Estado social.

Como afirma la obra colectiva de la Comisión Colombiana de Juristas, la igualdad material es una “cláusula de transformación social, pues apunta a la formación de una sociedad justa”.

En este campo, el Estado goza de un mayor margen de decisión y de acción para elegir las políticas públicas que crea adecuadas para lograr

la igualdad material. Pero esa discrecionalidad de configuración del legislador no es libertinaje: el Estado debe hacer explícitos, mediante el test de razonabilidad (*vid infra*), los argumentos que lo conducen a adoptar su decisión. Y el juez constitucional también tiene que evaluar esas consideraciones y exponer los motivos que razonablemente fundamentan sus sentencias, pudiendo ser más severo en unos casos que en otros.

#### 6.1.7. El principio de igual consideración

Según Cepeda, el principio denominado de igual consideración significa que “una medida adoptada por la administración en la definición de políticas sociales, culturales o económicas, fuera considerada como violatoria del principio de igualdad cuando excluyera o pasara por alto alguno de los grupos de posibles beneficiarios” (Cepeda, 1992).

#### 6.1.8. La prohibición de establecer discriminaciones

La discriminación exige que se otorgue un trato diferenciado a una persona o grupo en razón de una característica específica y cuyo objeto o resultado sea limitar o anular el reconocimiento y goce de los derechos humanos. En palabras de las Naciones Unidas, la discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en motivos de raza, color, linaje, sexo, religión, edad, nacionalidad, opiniones políticas o de otra índole, idioma, opción sexual, discapacidad visible, condición económica, social y en general por otras causas o condiciones que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad (de las diversidades), de los derechos humanos y libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural, civil, familiar, o en cualquier otra esfera” (ONU, 1989).

La discriminación, en primer lugar, puede ser directa o *de iure*, o bien puede ser indirecta o *de facto*. La discriminación directa o *de iure* es la que se encuentra contenida en una norma jurídica; la discriminación indirecta o *de facto* es la que se expresa en la aplicación o interpretación del derecho o en cualquier ámbito de las relaciones humanas. Y, en segundo lugar, la discriminación puede ser activa o pasiva. La discriminación activa es el trato diferente injusto; la discriminación pasiva es la ausencia de diferenciación ante situaciones desiguales. La discriminación está prohibida en los artículos 5° y 13 de la Constitución.

En particular, el artículo 13 de la Carta distinguió en tres incisos diferentes tres grupos poblacionales diversos: primero, prohibió discriminar por ocho motivos o categorías sensibles o sospechosas –sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica–; segundo, ordenó adoptar medidas a favor de dos grupos más: los discriminados y los marginados; y tercero, ordenó proteger especialmente a las personas que se hallen en debilidad manifiesta por tres criterios adicionales: por su condición económica, física o mental.

Esta regulación constitucional no es muy técnica y no se compagina con la tendencia internacional de no diferenciar subgrupos de poblaciones susceptibles de hallarse en situación de discriminación –categorías, marginamiento y vulnerabilidad. Todos esos subgrupos son tratados por igual en las Observaciones Generales de los Comités de la ONU y en la Unión Europea, en donde, en particular para la ONU, los motivos o criterios discriminatorios son los siguientes: raza, color, linaje, sexo, religión, edad, nacionalidad, opiniones políticas o de otra índole, idioma, opción sexual, discapacidad visible, condición económica, social y en general por otras causas o condiciones. Destáquese que este último criterio configura además, una cláusula abierta o de textura abierta o concepto jurídico indeterminado, pues permite que en el futuro aparezcan nuevas razones sobre las cuales anclar una prohibición de discriminación.

## 6.2. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS

Las normas internacionales relativas a los derechos Civiles y Políticos y los derechos económicos, sociales y culturales han sido llevadas al derecho positivo mediante instrumentos jurídicos por parte de los estados miembros de estos tratados, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y en el sistema interamericano por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tales instrumentos reconocen el carácter de indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales como parte fundamental de la legislación internacional de derechos humanos, además de reconocer derechos y de generar obligaciones a los estados para que los hagan efectivos.

Tal como se desprende de los Principios de Limburgo, relativo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el instrumento obliga a los estados partes a garantizar la efectividad de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico de un país determinado.

Estos instrumentos jurídicos reconocen derechos a nivel del sistema universal y regional de Derechos Humanos: “la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y sus dos protocolos optativos”, que se ligan a los ordenamientos nacionales, tal como lo reseñan los profesores Víctor Abramovich y Christian Courtis: “Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional... Así, aunque la gran mayoría de las constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables” (Abramovich & Courtis, 1997).

### 6.3. INCORPORAR EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El Bloque de Constitucionalidad es una traducción adaptada de la expresión francesa Bloque de la Legalidad, elaborada en el ámbito del Derecho Administrativo y que posteriormente debió ser superada en Francia. Efectivamente, los franceses se encontraron con que en el texto de 1958, la denominada Constitución de la Quinta República, no se había consignado una tabla de derechos, sino que se habían hecho remisiones a la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como al preámbulo de la Constitución de 1946. Recuérdese que hubo que elaborar una Constitución en 1958, dada las especiales circunstancias por las que atravesaba Francia, así que se pensó que era más fácil llegar a un acuerdo sobre la manera de organizar los poderes del Estado que sobre una tabla de derechos y obligaciones acerca de la que los distintos partidos tenían visiones diferentes. En definitiva, lo que sucedió fue que el jurista francés se encontró con que carecía de un texto constitucional completo, por lo que optó por utilizar el

documento de 1958, completándolo con los principios que estaban ya proclamados en 1789, esto es, en el siglo XVIII, y que a su vez habían sido completados y adaptados en 1946, en la denominada Constitución de la Cuarta República.

La situación en España era distinta, porque nuestra Constitución tiene una tabla de derechos fundamentales y, en consecuencia, es más completa. Sin embargo, la ley orgánica del Tribunal Constitucional concretó que para apreciar la conformidad o la disconformidad con la protección de una ley, de una disposición o de un acto con fuerza de ley del Estado o de las comunidades autónomas, ese Tribunal debía considerar, además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas, bien para regularlo, bien para armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. Entonces, era una llamada a una utilización de todos estos instrumentos jurídicos, y como el marco resultaba más amplio que el puramente constitucional, se importó, se tradujo y se utilizó la expresión francesa de Bloque de Constitucionalidad (diario ABC).

Según Marco Gerardo Monroy Cabra, en el derecho constitucional colombiano el Bloque de Constitucionalidad está compuesto por: a) El texto de la Constitución, incluyendo el Preámbulo, y los principios y valores constitucionales; b) Los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción que hayan sido ratificados por Colombia y de los cuales sea Estado Parte. Estos tratados sirven para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta (arts. 93 y 94 de la Constitución); c) Los tratados y normas consuetudinarias sobre derecho internacional humanitario (art. 214 de la Constitución); d) Los tratados sobre límites terrestres y marítimos (art. 102 de la Constitución); y e) Los Convenios de la OIT de los cuales Colombia sea Estado Parte (arts. 93 y 53 de la Constitución). (Monroy, 2002).

En conclusión, aquellas normas que pertenecen al denominado Bloque de Constitucionalidad *lato sensu* se caracterizan por: "(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y en otros casos ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley



ordinaria); y (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional” (Corte Constitucional, 1998).

Otro aspecto que adquiere gran importancia es que el llamado Bloque de Constitucionalidad daría entrada jurídica a otros derechos de los grupos discriminados que no estén incorporados directamente por la Carta Constitucional. Es decir, se ampliaría el catálogo de derechos de la población marginada, otorgándole al juez constitucional otros instrumentos de protección de los derechos de las personas más vulnerables.

#### **6.4. DESARROLLO DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS**

##### **6.4.1. Concepto de Acciones Afirmativas**

Como concepto jurídico, la “acción afirmativa” tiene su lugar en derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general. Sin embargo, para discutirlo con seriedad es preciso, como condición previa, contar con una definición básica: “La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.”

Pueden llevar a efecto las políticas de acción afirmativa distintos agentes del sector público, como el gobierno federal o los gobiernos estatales y locales, o del sector privado, como empleadores o centros de enseñanza.

La acción afirmativa siempre está destinada a un grupo determinado compuesto de personas que tienen una característica común en que está basada su pertenencia al grupo y se encuentran en situación de desventaja, como son las personas con y en situación de discapacidad.

Es interesante observar que la mayoría de los países empezaron con programas de acción afirmativa que correspondían al ideal de la igualdad de oportunidades. No obstante, gradualmente este ideal fue sustituido por el de la igualdad de resultados, debido a la presión política



o social (Moens, 1996). Con frecuencia se confunden los dos ideales y la legislación no aclara qué ideal de igualdad quiere que se persiga.

Con todo, está claro que la cuestión no es simplemente si se está a favor o en contra de la acción afirmativa para un grupo determinado. El método con el cual se trata de conseguir la mejora de su situación es sumamente importante, por cuanto determinará el apoyo o la oposición de los demás a esas medidas. Una última observación: los programas de acción afirmativa no son un sustituto de los programas de reducción de la pobreza. Tampoco sustituyen las leyes contra la discriminación, ya que no proporcionan beneficios a grupos tales como las minorías china o judía, que son objeto de discriminación en muchos países, pero por lo general no son grupos desfavorecidos (Naciones Unidas, 1997).

En la actualidad no existe consenso doctrinario sobre el contenido de la expresión *acción afirmativa*, sin embargo, en aras de identificar las principales líneas rectoras del concepto se pueden mencionar las siguientes nociones de mayor aporte conceptual:

El Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa considera que las Acciones Afirmativas son “Una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.

Cristina Torres, experta de la OMS, en el Taller regional para la Adopción e Implementación de Políticas de Acciones Afirmativas para afrodescendientes de América Latina y el Caribe, realizado en mayo de 2003, las ha descrito como “una política pública que se expresa 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” (Taller regional, 2003).

El tratadista norteamericano Rosenfeld las define como un “Programa público o privado, diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario” (Rosenfeld, 1995).

En la doctrina italiana, en razón del trabajo de la mujer y sus roles como madre y demás roles sociales, se explica como “atribución de ventajas a determinadas categorías (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso” (Ulloa, 1997).

El autor español Alfonso Ruiz Miguel sostiene: “La Discriminación Inversa, junto con otros fenómenos más o menos próximos a ella (Acciones Afirmativas) 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 diferenciación aquí, y en su caso la discriminación, produce una desigualdad como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa” (Alfonso, 1994, p. 79).

#### 6.4.2. Características de las Acciones Afirmativas

Las medidas de Acción Positiva son deberes constitucionales de los poderes públicos y de los particulares. Sólo pueden usarse sistemas de cuotas en un sector social determinado y por un tiempo razonable cuando sea imposible lograr la igualdad mediante otras medidas de Acción Positiva.

Deberá demostrarse la desigualdad de hecho objetivamente y también será imprescindible prestar una atención especial a los términos estadísticos elegidos para comparar la igualdad o la desigualdad entre los individuos.

Son de naturaleza transitoria y deben limitarse al período de tiempo necesario para lograr la igualdad en aquel sector que se desee.

Debe establecerse mediante ley, ya que afecta a los derechos fundamentales de las personas (Instituto Vasco de la Mujer).

Estas características de las acciones afirmativas señalan elementos que nos permiten fundamentar su naturaleza justa, puesto que su finalidad reside en beneficiar a personas o grupos que sufren desigualdades históricas, sociales o económicas.

### 6.4.3. Clasificación según la función que cumplen

Las medidas de acción afirmativa son medidas de carácter indirecto y podríamos distinguir, según las funciones que cumplen, las siguientes: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.

Las medidas de *concienciación* son generalmente medidas de formación o de carácter publicitario que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización del problema, por ejemplo, las campañas de publicidad para la igualdad sexual.

Las medidas de *facilitación*, de impulso o de promoción son las medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro; dentro de ellas podríamos hacer una distinción entre: a) medidas de *incentivación* para el aumento de los medios o la disminución de la desventaja: como podrían ser los casos de subvenciones, becas, y las denominadas *medidas de reclutamiento*; b) medidas de *discriminación inversa o positiva*: se caracterizan porque en el caso de dos supuestos desiguales realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del peor situado; ejemplos de medidas de discriminación inversa pueden ser el establecimiento de baremos distintos para hombres y mujeres, en beneficio de éstas; las cuotas o reservas de plazas para estos colectivos desfavorecidos en puestos de trabajo, centros de enseñanza o candidaturas; y c) medidas de *trato preferencial*: El establecimiento de una prioridad o ventaja, o sea, un trato preferencial o desigual en el supuesto de que exista una situación de partida semejante, entendiéndose que se encuentra en una situación contextual de desventaja.

Por último, las medidas de *retribución, recompensa o sanción positiva*: se trata de medidas que se adoptan tras la realización de la acción querida; por ejemplo: la asignación de un premio o una exención fiscal.

### 6.4.4. La Acción Afirmativa en el ordenamiento constitucional colombiano

El Estado Social de Derecho implica, además, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión

del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad.

De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado Social de Derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos.

“La Constitución hace especial énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situaciones de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidades productivas los colocan en situaciones de manifiesta marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. Por este motivo, los pobres absolutos quedan incluidos dentro del ámbito normativo de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Carta, lo cual determina la obligación del Estado de implementar políticas de acción afirmativa que propendan la igualdad real y efectiva de este grupo de la población, que se orienten a resolver problemas acuciantes de su mínimo vital” (Corte Constitucional, 1995).

## 6.5. SANCIONES

Las nuevas normas se ven en la necesidad de incorporar un capítulo correspondiente a las sanciones por el incumplimiento de las medidas a favor de las personas discriminadas, teniendo en cuenta que se han incumplido las distintas fases para garantizar sus derechos.

En tal sentido, podemos ubicar tres momentos normativos de exigibilidad y garantías de los derechos de las personas con discapacidad como modelo de grupo discriminado, la consagración normativa, acciones afirmativas y sanciones por el incumplimiento de las medidas de acción afirmativa.

Es claro que 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 en 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 derechos.

Encontramos un segundo momento normativo de la creación de las acciones afirmativas para garantizar la integración social de las personas con discapacidad, modelo que ha tenido relativos éxitos 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.

El tercer momento que se observa en la legislación comparada es el de establecer sanciones para obligar a cumplir las medidas de acción afirmativa contempladas a favor de grupos vulnerados como las personas con discapacidad. Existen fuertes debates acerca de la conveniencia de estas medidas sancionatorias, puesto que en algunos casos obliga a las instituciones a vincular a personas con discapacidad sin que exista un verdadero deseo o condiciones de integración a la sociedad.

Sin embargo, es reiterado encontrar actualmente en las legislaciones normas que prohíben y sancionan las conductas discriminatorias, como son, en nuestro caso, concreto las conductas discriminatorias sobre la base de la discapacidad, en las que se encuentran tanto la discriminación por acción o por omisión, directa o indirecta. Esto es elevar a sanción conductas que no implementen los incentivos creados para integrar socialmente a estas personas, entendiéndose que la omisión es una manera de exclusión y un incumplimiento de un deber de los ciudadanos en un verdadero Estado de derecho fundado en el principio de Dignidad Humana, Solidaridad y Justicia Social.

## CONCLUSIONES

En el Derecho internacional son muchas las disposiciones que enmarcan el contexto normativo para los grupos marginados o tradicionalmente discriminados, las cuales consideran amplias y adecuadas, pero la realidad presenta un problema que aumenta y niega las condiciones de equidad para esta población.

El conflicto 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, vivienda, así como la insuficiencia en la atención a los derechos de los grupos vulnerables como infancia, mujer, tercera edad, personas con discapacidad, indígenas y afrocolombianos representan el reto de diseñar estatutos

antidiscriminación que a su vez fijen políticas públicas articuladas que orienten nuevas visiones del desarrollo en una perspectiva de derechos en el marco de un proceso de concertación entre el Gobierno y la sociedad civil.

“Los derechos humanos y el desarrollo humano están íntimamente unidos y forman parte de la esencia de los Objetivos de Desarrollo del Milenio [...]”. La mejor manera de alcanzar cada uno de estos Objetivos consiste en abordar toda la problemática relacionada con los derechos humanos. Labor que se puede alcanzar a través de los Estatutos Antidiscriminación, que aborden la igualdad, la no discriminación, la participación, la inclusión, la rendición de cuentas y la justicia social, además de la solidaridad y la cooperación internacionales.

En procura de construir una plataforma conjunta de acción contra la discriminación, la Defensoría del Pueblo colombiana convocó a diferentes instancias representativas de las poblaciones discriminadas a trabajar en la elaboración concertada de un *estatuto antidiscriminación*. Eso dio origen a un grupo interinstitucional, abierto, compuesto por diferentes organizaciones relacionadas con tipos particulares de discriminación.

Los prejuicios, u opiniones preconcebidas y arbitrarias contra las poblaciones discriminadas, y que a través del tiempo se han traducido en actitudes desfavorables u hostiles hacia ellas, tienen su origen en las representaciones e imaginarios que surgieron en el proceso de construcción de la nación. Su característica diferenciadora es que se fundamentan en estereotipos, históricamente conformados y culturalmente legitimados.

Por último, se hace un detallado análisis de los componentes del Estatuto Antidiscriminación de Colombia, resaltando la necesidad de garantizar la igualdad en sus distintas dimensiones, aplicar la exigibilidad de los derechos en la tendencia del nuevo derecho, así como la necesidad de incorporar el Bloque de Constitucionalidad. Por último se centra en dos puntos nodales, el desarrollo de las Acciones Afirmativas y la necesidad de las sanciones ante la discriminación.

## Referencias

- ABRAMOVICH, Víctor y Courtis (1997). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto/CEIS.
- ALFONSO, Ruiz Miguel (1994). *Concepto de Igualdad*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- AUSTRALIA, G. Moens. *Afirmative Action. The new discrimination*, Sydney. the centre for independent studies, 1995. Citado en Prevención de la discriminación. informe final presentado por el sr. Marc Bossuty. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, junio de 2002.
- BARRÉRE UNZUETA, M<sup>a</sup> Ángeles (2002). *La Acción Positiva: Análisis del Concepto y propuestas de revisión*. Trabajo presentado en las jornadas sobre Políticas Locales para la igualdad entre mujeres y hombres; Palacio de Congresos de Europa Vitoria-Gasteiz, diciembre.
- BASE LEGAL de la Acción Positiva Biblioteca Temática Digital. EMAKUNDE, Instituto Vasco de la Mujer. Extraído el 20 de diciembre de 2006 desde [www.emakunde.es/images/upload/BLAP\\_S.pdf](http://www.emakunde.es/images/upload/BLAP_S.pdf)
- BEAUVOIR, Simone de (1949). *El segundo sexo*. París.
- BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Paidós.
- CEPEDA, Manuel José (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis.
- CORREA Henao, Néstor Raúl (2005). *El amor o el deseo de lo que falta: en Platón, Hegel y Lyotard* (inédito). Bogotá.
- COLOMBIA, Corte Constitucional. C-027 de 1993. M.P. Alejandro Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1971). Dictamen de 21 de junio.
- DIRECTIVA 2000/43/CE (2000a). Publicación del 19 de julio. Comisión Europea.
- DIRECTIVA 2000/78/CE (2000b). Publicación del 2 de diciembre. Comisión Europea.
- DECISIÓN 2000/750/CE del Consejo (2000c). Publicación del 27 de noviembre. Comisión Europea.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2002). *Las Acciones Positivas Plenarias*. Edición electrónica, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Obtenida en marzo de 2004 de <http://www.aaba.org.ar/ple104b2.htm>
- MALLOCH BROWN, Mark (2005). *Los Derechos Humanos en el PNUD*, en PNUD, abril.



- MESA, Gregorio (2004). Estándares internacionales sobre no discriminación (conferencia), Bogotá.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (2002). *La Interpretación constitucional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- 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 julio, 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, párr. 94.
- ONU (1989). Observación General N° 18 sobre No Discriminación, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
- PETERS, Anne (1999). *Women, Quotas and Constitutions. A comparative Study of Affirmative Action For Women under America, German, EC, and international Law*. Londres: Kluwer Law international.
- QUINTÍN, Odile (2004). Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada. COM (2004) 379 final, Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas. Obtenido el 23 de mayo 2005 de [http://europa.eu.int/yourvoice/consultations/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/yourvoice/consultations/index_es.htm)
- REPORTAJE a Manuel Jiménez de Parga. Diario ABC. Obtenido el 20 de enero de 2007 de [www.abc.es/especiales/index.asp?cid=6051](http://www.abc.es/especiales/index.asp?cid=6051).
- ROSENFELD, citado por Dassen, N. y Nattero, P. (1995). Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad? En *Lecciones y ensayos*, N° 82, p. 180.
- TALLER REGIONAL para la Adopción e Implementación de Políticas de Acciones Afirmativas para afrodescendientes de América Latina y el Caribe (2003). Extraído el 10 de noviembre de 2006 de <http://www.colnodo.apc.org/pipermail/mujer/2003-May/001424>.
- ULLOA, Francesca Cuomo (1997). Evoluzione o involuzione dell' "affirmative action" nell'esperienza americana: problemi processuali. En *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, marzo, anno LI, N° 1, 164.