

El problema de la discriminación positiva en el desplazamiento forzado en Colombia

The issue of affirmative action in people forced to displacement in Colombia

COLCIENCIAS TIPO 2. ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

RECIBIDO: AGOSTO 11, 2015; ACEPTADO: SEPTIEMBRE 21, 2015

Jeffrey Arcos Troyano
jotarcos@live.com

Universidad Santiago de Cali, Colombia

Resumen

La acción afirmativa es un tratamiento especial previsto en la doctrina jurídica que pretende compensar, por un sistema de cuotas, a grupos desfavorecidos, que se encuentran en situación de inequidad, y pretende garantizar un tratamiento que no desconozca la dignidad humana, implementando un modelo de justicia redistributiva. Este trabajo parte de una reflexión crítica de la manera cómo el Estado colombiano aplica este tratamiento, intentando compensar a las víctimas del desplazamiento forzado. A partir de los conceptos de algunos filósofos políticos: Nancy Fraser (acción afirmativa, acción transformativa), Dworkin (interés volitivo, interés crítico), Ferrajoli (modelos de configuración jurídica de la diferencia), y John Stuart Mill (libre desarrollo de la personalidad), y la revisión de algunas sentencias de la Corte Constitucional, se intenta iluminar el escenario en el que se ha atendido a los desplazados y se concluye que, al menos en cuanto al desarrollo de sus capacidades no cumple su cometido, pues los afecta, al dejarlos por fuera del acceso a una educación de alta calidad.

Palabras Clave

Discriminación positiva; diferencia; pluralismo; desplazamiento forzado; libre desarrollo de la personalidad.

Abstract

There are special treatments in the doctrine of political rights known as positive discrimination (affirmative action) that are exclusively serving the minority groups within a Nation. The fundamental reason because there are these policies is to overcome these minority quotas in order to realize the principle of equality as a category of the rule of law. This work begin from the difference as an approximation to the juridification of affirmative action policies, then the alternative between benefits and harms that provide such policies and the show explore damage caused by treatment that is currently gave by the Colombian government to the people displaced because of the armed conflict in terms of developing their abilities as actors outside of a high quality education.

Keywords

Affirmative action; difference; pluralism; forced displacement; unrestricted personality development.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende poner de presente que existen ciertas políticas de discriminación positiva dentro de la Ley 387 de 1997, que da tratamiento al desplazamiento forzado en Colombia; en ese sentido, el objetivo principal es señalar un problema ético-jurídico que se presenta a raíz de la existencia de ciertas disposiciones normativas que tienen que ver indirectamente con el acceso a educación universitaria de élite para las personas desplazadas por la violencia.

El insumo teórico desde el cual se pretende hacer girar la presente reflexión está estrechamente conectado con los aportes que sobre el tema pueden dar juristas como Luigi Ferrajoli (2009), Nancy Fraser (1997, 1998) y Ronald Dworkin (1984, 1993, 2003, 2008) en algunas de sus obras más paradigmáticas, donde junto con otros autores discuten, desde sus posturas, la reconstrucción de una teoría que apoya en alguna medida la hipótesis que se pretende desarrollar aquí; en esa medida se hace posible entrever, en la experiencia internacional, que las políticas de discriminación positiva no son necesariamente buenas o malas en su totalidad, porque se han encargado, por un lado, de cerrar algunas brechas de desigualdad en aspectos tan puntuales como el acceso a la educación universitaria de élite para personas afroamericanas, pero por otro, dejan otras brechas abiertas como las tensiones raciales que se han exacerbado con ocasión de la disminución en la calidad académica.

Un análisis comparado arrojará algunos resultados que permiten proponer una reflexión dirigida hacia un modelo educativo que corrija algunas deficiencias que actualmente se encuentran planteadas por el Gobierno Nacional para hacerle frente al problema fundamental que existe en la educación de alta calidad para los desplazados en Colombia.

El horizonte problemático de este trabajo se encuentra en el sistema de cuotas que ha repartido el Estado colombiano para hacerle frente a las demandas de la población desplazada por el conflicto armado, ¿por qué en el sistema de cuotas? Porque el Estado debe garantizar condiciones de vida digna a todas las personas, y con los desplazados existen varias deudas que no dejan cerrar un círculo mínimo de dignidad, verbigracia, la seguridad, en múltiples sentidos, como la seguridad personal y el retorno al lugar de origen, el trabajo, una vivienda digna y el problema que se trabajará en este artículo, la educación.

Para hacer frente a cada uno de estos problemas el Estado se vale de políticas públicas que fijan un trato especial para estas personas, otorgando subsidios y condiciones especiales para el ingreso a la educación y posterior vinculación laboral; la Ley 387 de 1997 faculta al Ministerio de Educación Nacional para que se encargue de crear programas educativos especiales para la población desplazada, que se desarrollarán en tiempos más cortos y distintos a los convencionales, para garantizar eficacia en la productividad social de estas personas.

A primera vista, lo anterior parece un triunfo de la población desplazada frente a un problema que, de fondo, no se puede resolver de esa manera. Aquí se expondrán algunas razones para probar que este tipo de políticas proscriben el desarrollo de las capacidades más altas en las personas desplazadas, debido a que nublan las aspiraciones más virtuosas del crecimiento personal; con ese tipo de políticas el Estado configura a los sujetos para que sientan solucionado su problema, solo a corto plazo, pues aquello que alcanzan a imaginar son esperanzas poco ambiciosas donde sólo se les permite ver la posibilidad de prepararse con una educación técnica o profesional para salir a un mercado laboral y vivir modestamente, sin ánimo de trascender sus propios límites para alcanzar un estado de dignificación que invisibilice su condición de desplazado.

II. LA “DIFERENCIA” COMO FUNDAMENTO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL PANORAMA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

La discriminación positiva emerge de una condición necesaria de la diferencia entre los miembros de una comunidad; es producto de los movimientos sociales de las minorías que reclaman tratamiento especial, a través de la ley, para materializar el principio de igualdad frente a los demás; es la discriminación positiva el automóvil por medio del cual las personas que se encuentran en un estado de iniquidad frente a la mayoría, pueden conseguir mediante un sistema de cuotas¹ la normalización de los aspectos que los ponen en diferencia de condiciones frente al resto; es decir que el fundamento que se encuentra a la base de la configuración ontológica de la discriminación positiva es el concepto de la diferencia.

¹ El sistema de cuotas hace referencia a las políticas fijadas por el Estado para hacerle frente a las demandas de las minorías que se sienten en condición de desventaja (mujeres, indígenas, afro-descendientes, etc.) para el reconocimiento de ciertas prerrogativas (subsidios, trato preferente en organizaciones laborales o educativas, etc.) que permitan *equilibrar* la balanza.

La diferencia es el fundamento principal de las políticas de discriminación positiva y por eso es indispensable que exista una configuración jurídica de ésta dentro de los Estados constitucionales y democráticos. Frente a esta proposición Ferrajoli (2009) ha enmarcado cuatro modelos sobre una configuración jurídica de la diferencia, sin embargo, me concentraré sólo en proponer el modelo más adecuado para enmarcar a los desplazados como sujetos visibles a la luz del Estado colombiano: la igual valoración jurídica de las diferencias. Este ha sido el modelo escogido para intentar explicar el reconocimiento, no sólo de los desplazados como víctimas y desiguales, sino de cada una de las minorías en su identidad particular, es así como:

(...) la igualdad en los derechos fundamentales les resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás (Ferrajoli, 2009, p. 76).

Lo que Ferrajoli quiere decir es que el principio normativo de la igualdad debe ser revisado desde dos frentes, uno, como el reconocimiento de la diferencia por parte de las personas que conforman la parte mayoritaria de la sociedad, es decir aquellos distintos a una minoría, y otro, como la importancia en igual medida de cada una de esas minorías en las relaciones sociales, porque las demandas de cada una constituyen la pieza fundamental para la formulación, no sólo de sus derechos, sino también de sus garantías.

Las principales disposiciones normativas han trazado un marco para identificar al sujeto como desplazado, basta consultar el artículo primero de la Ley 387 de 1997² y verificar las características exigibles para tomarse como tal, u observar el numeral quinto del artículo 2° de la Ley 70 de

² El artículo 1 define la calidad de desplazado como:

(...) toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público.

1993³, para delinear el concepto de comunidad negra; es así como se podría materializar el concepto de la diferencia como génesis del desarrollo de una teoría de discriminación positiva. Estos tipos de trato discriminatorio se ejecutan con la finalidad de materializar el principio constitucional de la “igualdad” porque el derecho constitucional colombiano “no sólo persigue una igualdad jurídica, sino real, por eso consagra como obligación del Estado adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (Younes-Moreno, 2012, p. 127); la razón fundamental de que el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 señale específicamente que se garantiza la igualdad ante la ley, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, se debe a que la ley anticipa su potencial grado de ineffectividad por la presencia material de aspectos económicos y sociales que hacen necesaria la promulgación de este tipo de iniciativas políticas para minimizar el grado de desigualdad entre las identidades culturales y sociales.

Durante años el Estado colombiano ha sido incapaz de afrontar con vigor el problema del desplazamiento forzado, pese a que se han concentrado los esfuerzos para conceder ciertas prerrogativas y aliviar, en alguna medida, las tensiones existentes al interior de las demandas hechas por los desplazados; prueba de ello es la Sentencia T-025 de 2004, una de las tres sentencias estructurales⁴ que declaró un estado de cosas inconstitucional⁵ frente a la

³ El artículo 2, numeral 5, define comunidad negra como:

(...) el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

⁴ Son estructurales las sentencias de la Corte Constitucional sobre el desplazamiento (T-025 de 2004), la de salud (T-760 de 2008) y la situación de las cárceles en Colombia (T-153 de 1998).

⁵ La Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-068 de 2010 estableció en el apartado 4.2.5.2 los factores y componentes del estado de cosas inconstitucional respecto al tema de desplazamiento forzado:

(...) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas (...) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos (...) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado (...) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos (...) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas multisectoriales que (...) exige un nivel de recursos que

situación social de los desplazados en Colombia. En la mencionada sentencia, la Corte:

(...) precisa los niveles mínimos de protección que debe ser garantizado a la población desplazada, aún después de una redefinición de prioridades ante la insuficiencia de recursos o deficiencias en la capacidad institucional,... y finalmente, ordena las acciones que deberán adoptar las distintas autoridades para garantizar los derechos de la población desplazada (Muñoz-Palacios, 2014, p. 115).

Este es el ejemplo más claro de los esfuerzos para afrontar la realización de una igualdad material para los colombianos a través del poder judicial, que se fundamenta en la dignidad humana y rompe el paradigma de los derechos fundamentales condicionados a la capacidad económica de la Nación que ha sido establecido por el Gobierno Nacional en el Decreto 2569 del 2000, pues si se entiende que la igualdad, más que ser un hecho, resulta ser un valor que se encuentra prescrito en una disposición normativa que se ajusta al modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias, se reconocerá que dentro de la acepción de la igualdad “los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad” (Ferrajoli, 2009, p. 79).

En conclusión, no se viola el principio de igualdad ante la ley con la implementación de políticas de discriminación positiva de cara al problema de los desplazados en Colombia porque las mencionadas políticas, por el contrario, están puestas para equilibrar precisamente la desigualdad social y contribuir, en mínima medida, a que todas las personas gocen de dignidad en la consecución de sus designios vitales.

III. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA ENTRE BENEFICIOS Y PERJUICIOS

Establecido el punto de partida, el siguiente paso consiste en desarrollar la “justicia” como el propósito esencial que persigue la discriminación positiva; no me propongo hacer un recorrido teórico sobre la transformación de la idea de justicia desarrollada en

demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante (...) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

principio por los filósofos griegos, *a contrario sensu*, mi trabajo consiste en poner de presente una telaraña teórica que comprende las posiciones de algunos juristas contemporáneos que ayudan a pensar fenómenos jurídicos a la luz de una alternativa mejor estructurada para hablar de justicia dentro de un Estado constitucional.

Es imperioso analizar la justicia desde una dicotomía jurídica y moral para aproximarse a la “equidad” como fundamento de ella, reviviendo el debate de la relación moral-derecho que llevará a negar, en alguna medida, la doctrina del utilitarismo que establece que “el objetivo es la maximización del bienestar general agregado o promedio” (Hart, 2002, p. 15), para rescatar la importancia moral de la diferenciabilidad de las personas, planteada como una “igualdad geométrica o proporcional, dando porciones iguales a personas iguales y porciones desiguales a personas desiguales” (Raphael, 1996, p. 187).

Me propongo defender el individualismo frente a la tesis de la “prevalencia del bienestar general sobre el particular” para cimentar la discriminación positiva como un modelo adecuado que se ponga al servicio de los desplazados en Colombia, ocupándose de cerrar las brechas más fastidiosas de desigualdad social.

La equidad puede considerarse como una *pedra en el zapato* de los utilitaristas porque responde, por ejemplo, a argumentos de principio que se explican desde la teoría dworkiniana de los derechos como argumentos que apelan al reconocimiento de derechos individuales (Dworkin, 1984), es decir, triunfos de la persona contra la mayoría; por el contrario, los utilitaristas apelan a argumentos políticos que apuntan a la consumación de objetivos de optimización del bienestar común. Por esta razón la discriminación positiva es vista por quienes están de acuerdo con ella como un triunfo de las minorías por estar frente a un tratamiento especial que otorga condiciones favorables a quienes gozan de ella, para nuestro caso los desplazados, que han logrado visibilizarse ante el Estado colombiano y ante la comunidad internacional como una población marginada y, desde ahí, han conquistado las prerrogativas que hoy los protegen.

Retomemos a la emblemática Sentencia T-025 de 2004 para explicar esta controversia teórica entre utilitaristas y –digámoslo de esta manera– liberalistas. Como ya se conoció, la Corte declaraba un estado de cosas inconstitucional frente a los problemas que agobiaban a la población desplazada porque en las demandas que ellos le

formulaban a la Corte se demostraba que no se les estaba garantizando la realización eficaz de los derechos que los deberían asistir por mandato constitucional y legal; por supuesto, hubo una respuesta por parte del Gobierno Nacional de turno para explicarle al alto tribunal la razón fundamental que los imposibilitaba para que se atendieran, de manera efectiva, las peticiones hechas por los desplazados, y no fue otra que escudarse en “la precariedad de la capacidad institucional para implementar la política” (Muñoz-Palacios, 2014, p. 117) trazada en la Ley 387 de 1997. Sobre la base de aquella afirmación, el Decreto 2569 de 2000 ordena, en sus artículos 226 y 257, la ejecución de programas de estabilización socioeconómica, pero condicionando su aplicación a la disponibilidad presupuestal del país. Por eso, es posible decir que el Gobierno Nacional utiliza un argumento político, que no puede ser desconocido por la Corte, porque apela al artículo 1 del texto constitucional; sin embargo, los argumentos de los desplazados ponen de presente que las condiciones en las que se encuentran no garantizan, de facto, condiciones de vida digna y claman, en ese sentido, por un reconocimiento real de los derechos que debían asistirlos; así se construyó el argumento de principio y se puso sobre la mesa, junto con el argumento político para que la Corte decidiera, en un ejercicio de ponderación, cuál de ellos debía prevalecer. Pese a que la Corte no citó la teoría de los derechos planteada por Ronald Dworkin, hizo

uso correcto de *las recomendaciones* del jurista⁸, quien afirma que en un eventual debate de este tipo de argumentos deben sencillamente prevalecer los argumentos de principio, porque son argumentos científicos que corresponden, en derecho, a la solución al caso dado, además porque las razones que usan los jueces “no son de conveniencia social, sino de consistencia jurídica y moral”. (Rodríguez, 1997, p. 78)

Los derechos de los desplazados son exclusivos por encontrarse contenidos en la Ley 387 de 1997. Esta ley es el ejemplo más claro de una política de discriminación positiva, por contener prerrogativas como:

(...)Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para (...) la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia (Art. 3).

(...) Brindar atención especial a mujeres y niños preferiblemente a las viudas, mujeres cabeza de familia y huérfanos (Numeral 7 del Artículo 10).

(...) Garantizar atención especial a las comunidades negras e indígenas sometidas al desplazamiento en correspondencia con sus usos y costumbres, y propiciando el retorno a sus territorios. (Numeral 8 del Art. 10).

(...) Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la

⁶ El artículo 22, establece:

(...) Montos de la ayuda humanitaria de emergencia. En atención a los principios de solidaridad y de proporcionalidad, la Red de Solidaridad Social destinará de los recursos que para tal fin reciba del presupuesto nacional y de manera proporcional al tamaño y composición del grupo familiar, un monto máximo equivalente en bienes y servicios, *de acuerdo con la disponibilidad presupuestal*, así:

1. Para alojamiento transitorio, asistencia alimentaria y elementos de aseo personal hasta una suma máxima mensual equivalente a 1,5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, otorgada por espacio de tres meses.

2. Para utensilios de cocina y elementos de alojamiento, otorgados por una sola vez, hasta una suma máxima equivalente al 50% del salario mínimo mensual legal vigente. 3. Para transporte, otorgado por una sola vez, hasta una suma máxima equivalente al 50% del salario mínimo mensual legal vigente.

⁷ El artículo 25 indica que:

(...) se entiende por la estabilización socioeconómica de la población desplazada por la violencia, la situación mediante la cual la población sujeta a la condición de desplazado, accede a programas que garanticen la satisfacción de sus necesidades básicas en vivienda, salud, alimentación y educación a través de sus propios medios o de los programas que para tal efecto desarrollen el Gobierno Nacional, y las autoridades territoriales, en el ámbito de sus propias competencias y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal.

⁸ Para mayor detalle, ver Arcos-Troyano (2014).

población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales.

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento. (Art. 15)

El Ministerio de Educación Nacional y las Secretarías de Educación departamentales, municipales y distritales, adoptarán programas educativos especiales para las víctimas del desplazamiento por la violencia tales programas podrán ser de educación básica y media especializada y se desarrollarán en tiempos menores y diferentes a los convencionales, para garantizar su rápido efecto en la rehabilitación y articulación social, laboral y productiva de las víctimas del desplazamiento interno por la violencia (Numeral 10 del Art. 19).

¿Por qué merecen los desplazados en Colombia tratos especiales de discriminación positiva? Los teóricos liberales consideran que el reconocimiento del hombre se constituye a partir de unos valores universales; el problema se presenta con aquellos valores no universalizables, es decir, aquellos que son propios de un grupo cultural. Rawls (1997) propone la construcción de unos principios de justicia que puedan consolidar una sociedad bien ordenada, los cuales están más allá de las visiones comprensivas de mundo y apuntan a un criterio de neutralidad o de imparcialidad. No se tiene en cuenta la diferencia en términos de raza, religión, cultura, etc., sino más bien en términos de las desventajas sociales por la lotería natural, por las contingencias o por alguna forma de incapacidad.

Cualquier forma de reconocimiento centrada en una política de la diferencia, en términos simbólicos y culturales, es un criterio de justicia muy complejo, debido a

que estaría ligado en una visión comprensiva de mundo. Caeríamos en un criterio relativo de justicia subordinado a los contextos valorativos. Afianzar las diferencias –o luchar por el reconocimiento de la diferencia– amplía los derechos a un extremo que los liberales consideran como una pendiente resbaladiza. En ese sentido cómo pensar que el liberalismo pueda integrar aspectos culturales de comunidades liberales. El liberalismo, ante las arremetidas del multiculturalismo –especialmente ante las demandas o presiones ejercidas por grupos discriminados e invisibilizados–, ha ampliado su visión frente al reconocimiento y las identidades, pero ¿ha sido suficiente?

La disputa entre liberales y multiculturalistas puede expresarse hoy como la tensión entre justicia liberal y justicia como reconocimiento. La justicia como reconocimiento –la política de la diferencia– busca reivindicar, hacer justicia a los grupos frente a inequidades sociales profundas producidas por el modelo liberal.

Los tratos prioritarios o especiales a poblaciones marginadas no se pueden librar a un referendo o consulta popular, por el contrario, deben ser ordenados y configurados jurídicamente por la autoridad competente para que se garantice su efectivo cumplimiento; los juristas apoyan esta postura porque hay consultas que el pueblo polarizado no logra responder de la forma más adecuada, porque negaría, en nuestro caso, derechos fundamentales, y se constituiría como un atentado al principio de equidad. Al respecto Dworkin (2008, p. 178-179) afirma que:

Debemos escoger a nuestros líderes y nuestras políticas mediante el voto mayoritario porque deseamos que nuestros líderes atiendan al bien común en vez de a intereses privados, y qué políticas promocionan de hecho el bien común es cuestión de a cuánta gente benefician. ... De modo que la mejor forma de asegurar que los legisladores conozcan dónde radica el bien común, y trabajen para promoverlo, es permitir que la mayoría de cada distrito escoja los representantes que desee. (...) las cuestiones que hemos analizado en este libro adquieren la apariencia de profundas cuestiones morales, no de estrategias respecto a cómo satisfacer a más personas. De modo que no podemos suponer que el voto mayoritario sea el procedimiento más justo para la toma de decisiones colectivas siempre

que exista desacuerdo entre las personas, ni tampoco que en toda ocasión sea el modo más efectivo o eficaz.

Pese a que las acciones afirmativas –o como las hemos llamado a lo largo de estas líneas, la discriminación positiva–, son buenas porque reafirman el papel del Estado para promover y garantizar los derechos fundamentales de las personas marginadas, como ordena el artículo 13 del texto constitucional colombiano, estas han sido fraccionariamente entendidas y puestas en práctica por las autoridades, ignorando que las prerrogativas deben ser interpretadas como profundas cuestiones morales, y no como un mero instrumento que satisfaga al mayor número de personas afectadas. Es así como se han elaborado, desde algunas posturas, críticas a la acción afirmativa. Nancy Fraser (1998, p.40), hace una distinción entre dos tipos de soluciones: afirmativas y transformativas:

La diferencia entre afirmativa y transformativa se puede ver claramente en el caso de las clases explotadas, donde la solución afirmativa redistributiva a las injusticias de clase se dirige a la población sujeta a la explotación capitalista y mal remunerada, busca la solución a través de programas de inversión social de acuerdo a los recursos que se dirigen al beneficiario como subsidios de vivienda, salud y asistencia pública para el desempleo.

Para resolver las injusticias que atraviesan la división entre redistribución y reconocimiento, Fraser (1998) distingue dos aproximaciones amplias: afirmativas, cuando las soluciones se dirigen a corregir iniquidades, sin afectar sustancialmente la estructura que las origina; y transformativas, cuando transforman de facto las estructuras que las originan. Ello permite comparar soluciones que no generan procesos de cambio con aquellas que, en efecto, arrojan resultados que llevan a transformaciones radicales.

Las soluciones afirmativas están asociadas con el multiculturalismo central, el que plantea soluciones a la falta de reconocimiento de los grupos injustamente discriminados, mediante la reevaluación de sus identidades, dejando intacto su contenido y las diferencias de grupo. Las soluciones transformativas, en cambio, están asociadas con los procesos deconstructivos, es decir, que la falta de reconocimiento o la discriminación sería resuelta

transformando la estructura cultural valorativa. Estas soluciones cambian las percepciones que todos los miembros de la sociedad tienen de sí mismos. Las soluciones afirmativas se asocian con políticas que se proponen reevaluar las identidades de los grupos, como si fueran realidades culturales con contenidos propios –como puede ser el caso de la etnia–, se asume que esta realidad existe, en sí y por sí misma, y que sólo necesita un reconocimiento cultural. Las soluciones transformativas, por el contrario, desestabilizan las identidades, no con el fin de anular todas las diferencias, sino para proponer un ámbito de diferencias múltiples fluidas y cambiantes que permitan un futuro reagrupamiento; asimismo, las soluciones afirmativas asociadas con el Estado benefactor, promueven solucionar la inequidad económica que las genera.

Las soluciones que pueden aplicarse a las diferentes formas de redistribución afirmativa tratan de remediar las injusticias económicas dejando intactas las relaciones de producción que generan las desventajas de clase, es por eso que existe, continuamente, la necesidad de remediar este tipo de injusticias que generan profundos estigmas. Una solución redistributiva a las injusticias económicas termina generando injusticias de reconocimiento.

Los teóricos liberales en general piensan que con la acción afirmativa las minorías cada vez demandarían más privilegios que irían en detrimento o perjuicio de otras identidades no favorecidas... privilegiar o darle un trato especial a una identidad o grupo generaría más injusticia y menos reconocimiento (Garzón-Estrada, 2005, p. 20).

Fraser (1997) advierte que la experiencia permite prever que tal redistribución, necesariamente, pone en movimiento otra dinámica de reconocimiento que se desvincula del propósito original, donde la minoría favorecida se vuelve insaciable, como si siempre necesitara más y más. Así se configura otro problema implícito, de tipo moral, que tiene que ver con el bienestar individual.

Debemos partir de una distinción entre interés volitivo e interés crítico para explicar, en alguna medida, esta conjetura: el interés volitivo se materializa cuando alguien tiene o consigue lo que desea; el interés crítico se explica a través de lo que alguien *debería* desear para que su vida sea mejor y no peor (Dworkin, 1993, pp. 97-98). Verbigracia, es constitutivo de un interés volitivo recibir el pago de un

subsidio de Familias en Acción, por una situación de pobreza que se podría derivar de la condición de desplazado; y por el contrario, en el uso discrecional de un interés crítico, se podría desear, pese a que ahora se es víctima del desplazamiento forzado, participar en una investigación que pueda contribuir al tratamiento de alguna enfermedad. Estos dos son deseos sustancialmente diferentes que ponen a prueba las capacidades de una persona y que permiten poner sobre la mesa el primer eslabón para elaborar la crítica a las acciones afirmativas puestas al servicio de los desplazados en Colombia, que vulneran, a mi parecer, el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

IV. LA INSIPIENTE PROPUESTA PARA LA FORMACIÓN ACADÉMICA DE LOS DESPLAZADOS, EL PECADO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL PANORAMA NACIONAL

Retomemos un poco la idea de bienestar que quedó abierta en el párrafo anterior; es preciso aclarar algunos puntos para evitar posibles confusiones que probablemente quedaron luego de los ejemplos que propuse, debido a que dejé una presunta premisa implícita, que el interés volitivo, en sí mismo, es malo. Y la verdad, no es así, porque de hecho:

(...) el interés volitivo normalmente sigue la senda del interés crítico: la gente desea en general lo que piensa que está en sus intereses críticos tener (...) pero esto no es inevitablemente así. Al menos parte del complejo problema que los filósofos llaman *akrasía*⁹ surge porque la gente no desea realmente lo que ellos mismos creen que está en su interés crítico tener (Dworkin, 1993, pp. 99-100).

Es decir que la gente tiene, en muchos casos, una idea equivocada de lo que es mejor para sí, como en el caso de los desplazados, quienes probablemente aplaudan prerrogativas como la que dispone la Ley 387:

El Ministerio de Educación Nacional y las Secretarías de Educación departamentales, municipales y distritales, adoptarán programas educativos especiales para las víctimas del desplazamiento por la violencia tales programas podrán ser de educación

básica y media especializada y se desarrollarán en tiempos menores y diferentes a los convencionales, para garantizar su rápido efecto en la rehabilitación y articulación social, laboral y productiva de las víctimas del desplazamiento interno por la violencia (Art. 19, Numeral 10).

Esta disposición normativa no podría constituir un interés crítico jamás en alguna persona, por ser sustancialmente excluyente y atentatoria a cualquier tipo de desarrollo de las capacidades humanas, por el contrario, estamos frente a un claro ejemplo de un interés volitivo que contradice el libre desarrollo de la personalidad como una categoría básica del Estado social de derecho. Sin embargo, no hablamos del libre desarrollo de la personalidad como generalmente lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana, sino como debería ser entendido en realidad, desde la perspectiva de John Stuart Mill (1964). La Corte tiene una visión estrecha del concepto según la cual estima que el Estado debe permanecer neutral frente a la interferencia que pudiera afectar la órbita subjetiva de la libertad individual.

No importa si su ideal no exalta la condición racional del hombre o si no desea hacer de su vida lo mejor. La convicción liberal establece que el Estado debe permanecer neutral frente a los diversos motivos de realización humana; no puede desestimar ningún posible curso de acción porque su labor consiste en ser un espectador pasivo frente a las diversas manifestaciones del desarrollo personal. En síntesis, la libertad es la esfera que la modernidad en materia de derechos, reivindica como su más grande conquista intelectual (Jaramillo-Rojas, 2013, p. 79).

Hablamos entonces de la libertad negativa como un fundamento que ha sido impreso al concepto de libre desarrollo de la personalidad, que además colisiona con la propuesta de Stuart Mill de una concepción mejor elaborada del libre desarrollo de la personalidad, y que persigue una visión de humanos excelentes que desarrollen para su vida sus más altas potencialidades, que apunta más a una percepción moral que obliga al hombre a comprometerse consigo mismo.

En Mill coexiste, junto con la concepción negativa de la libertad, un ideal de vida buena

⁹ Estado de actuar en contra del mejor juicio para sí mismo.

que trasciende la esfera de esta libertad, y que marca, por no decir que condiciona, el desarrollo de la persona humana (...) La teleología milliana apunta a una dirección específica, consistente en el desarrollo de una personalidad integralmente formada (intelectual y sensitivamente), la cual le permite al hombre cumplir con el sentido que potencialmente está inscrito en su naturaleza, y que consiste en configurarse como un ser llamado a la virtud, que equivale al desarrollo más alto de su personalidad (Jaramillo-Rojas, 2013, pp. 93-94).

Es preciso anotar entonces que, en el adecuado uso de la acepción que convoca el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es posible tranzar una neutralidad valorativa a cargo del Estado, por el contrario, es necesario implementar una intervención estatal moderada en la autonomía del sujeto en aras de construir en él un ser del cual se sienta orgulloso por sus propias conquistas personales; porque el Estado no puede desligarse de su deber de forjar en el hombre valores que le permitan mejorar su condición de ser racional. Mandamientos legales, como el que citamos, sólo dejan ver la neutralidad valorativa con la que actualmente viene operando el ordenamiento jurídico colombiano con respecto a los desplazados; este tipo de prerrogativas ignora los aportes millianos sobre la responsabilidad estatal:

El valor de un Estado, a la larga, es el valor de los individuos que le componen; y un Estado que pospone los intereses de la expansión y elevación intelectual de sus miembros en favor de un ligero aumento de la habilidad administrativa, en detalles insignificantes; un Estado que empequeñece a los hombres, a fin de que sean, en sus manos, dóciles instrumentos (incluso para asuntos de carácter benéfico), llegará a darse cuenta de que, con hombres pequeños, ninguna cosa grande podrá ser realizada (Mill, 1964, pp. 214-215).

Sin los aportes de John Stuart Mill resulta difícil concebir ciudadanos provechosos que, pese a adversidades como el desplazamiento forzado, sean capaces de trascender las barreras que los limitan para convertirse en el relevo de los grandes pensadores y científicos que la sociedad colombiana necesita; en ese sentido, las acciones

afirmativas deben ser un instrumento puesto al servicio de los desplazados por considerarse una comunidad marginada dentro del país, sin embargo, creemos que actualmente estas políticas de discriminación positiva no se están implementando de una forma adecuada porque el Estado está determinando a los desplazados como ciudadanos de segunda categoría, incapaces de transformar el entorno nacional desde las disciplinas científicas o sociales. Por esa razón determina su potencial intelectual a una carrera técnica o tecnológica que sirva para atender sus necesidades más básicas, dejando de lado las conquistas más altas del pensamiento. Colombia no debe olvidar el principio de la dignidad humana y debe valorar a las personas de esta manera:

La concepción de ser humano que subyace en el núcleo mismo de la concepción política implica las nociones tanto de la *conación* como de la *vulnerabilidad*. Los seres humanos no son meros receptores pasivos de los golpes de la fortuna. Son seres activos que persiguen metas y tratan de llevar vidas que sean ricas en actividad. Al mismo tiempo, sin embargo, también son pasivos en no poca medida, pues los golpes de la fortuna significan algo para ellos, inciden seriamente en la calidad de sus vidas. (...) para vivir bien las personas necesitan comida, cuidados, protección y sustentos de múltiples clases. Nada tiene de trivial y sí mucho de dañino, que se niegue a las personas esa forma de apoyo. (...) en ausencia de apoyo y cuidado adecuados, no podrían llevar vidas que estén a la altura de la dignidad humana (Nussbaum, 2014, p. 149).

El compromiso del Estado debe imprimirse no sólo en cuotas para la educación técnica, la tarea principal debe estar orientada a garantizar plazas en las universidades mejor financiadas y de más alta jerarquía; sin embargo, creemos que el trabajo educativo con el desplazado no debe empezar al final de sus estudios de bachillerato, sino al comienzo, los colegios privados de alta calidad deben destinar cupos a estudiantes desplazados en un compromiso de responsabilidad social que debería ser impuesto por el Ministerio de Educación Nacional, para garantizar que la educación universitaria de élite que el desplazado recibirá podrá ser afrontada con las exigencias intelectuales que demanda, y evitar, en esa medida, que en el transcurso de una carrera universitaria se presente el

fenómeno de la deserción. Es importante tomar entonces el concejo de Dworkin (2003, pp. 439-440):

Las universidades y *colleges* tienen entonces responsabilidades públicas: ellas deben elegir un conjunto de objetivos que beneficien a una comunidad mucho más grande que la constituida por sus propios estudiantes y profesores. Resulta necesario que esos objetivos no sean sociales o políticos en un sentido estrecho; al contrario, esperamos que todas nuestras instituciones educativas, y particularmente las mejor financiadas y más prestigiosas, contribuyan a la ciencia, el arte y la filosofía –cuyo desarrollo consideramos parte de nuestra responsabilidad pública colectiva– y seleccionen a sus estudiantes y profesores teniendo particularmente en cuenta dicho objetivo.

Es importante tomar las recomendaciones que planteo a lo largo de esta reflexión para que no se siga creyendo que la discriminación positiva es un mal que no ayuda a reparar problemas de inequidad socio-económico, al contrario, creemos firmemente que las políticas de discriminación positiva son una herramienta fundamental en la práctica socio-jurídica, que en una adecuada interpretación y aplicación podría resolver realmente el problema de los desplazados en Colombia.

V. CONCLUSIONES

La discriminación positiva es un instrumento esencial en un país como Colombia que reconoce culturalmente la pluralidad de su sociedad y que además es socio-económicamente desigual, para que pueda garantizar el desarrollo del principio de la dignidad humana y aquellos principios que de ella se derivan, para su desarrollo efectivo.

Las políticas de discriminación positiva están siendo fragmentariamente entendidas –y por ende mal implementadas– en el panorama nacional. Por esta razón, no resuelven, de fondo, los problemas que las minorías que luchan por su reconocimiento demandan ante las instituciones estatales. No sólo hablamos de los desplazados, es posible estimar, en otros estudios, que muchas minorías están siendo replegadas y que, en esa medida, se están desconociendo derechos sociales que les son inherentes por su situación de vulnerabilidad.

La propuesta de Mill (1064) parece ser la más acertada para creer que actualmente el Estado no está estimando un camino adecuado para proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los desplazados, y que por el contrario, estas políticas de discriminación positiva no resuelven sus problemas de fondo, porque en realidad las brechas de desigualdad siguen siendo abismales. Sólo hasta cuando el Estado colombiano empiece a tomarse los derechos en serio podremos decir que los desplazados no estarán siendo tomados como ciudadanos de segunda categoría.

Las percepciones con las que actualmente se piensa en el estado de los desplazados en Colombia resultan ser muy residuales; ponen en evidencia una crisis de las teorías liberalistas en las que se fundamentan este tipo de prácticas. En el fondo subyace una concepción muy débil de la democracia y del desarrollo de la individualidad. No es posible que al desplazado se le resuelva su situación con una profesión técnica, el Estado tiene otros compromisos con él.

Desde esta reflexión pongo en evidencia que en las actuales políticas de discriminación positiva no se han tenido en cuenta otros acercamientos intelectuales con respecto a los conceptos de dignidad humana y ciudadanía. El papel del Estado en una situación tan crítica como esta debe considerar que un desplazado es una persona que tiene unos problemas económicos y existenciales muy grandes, y que, en esa medida, es necesario distinguir dentro de la discriminación positiva al indígena o afro-descendiente –que tienen una curul en el Congreso–, del desplazado, que es otra especie de minoría, que no tiene participación política.

Se pone de presente que el marco teórico que subyace al interior de las políticas estatales es muy débil, por tanto, hay que repensar, entre otras cosas, el papel del Estado en una sociedad democrática, para poder trabajar un nuevo concepto del libre desarrollo de la personalidad; mi objetivo es reflexionar en función del deber del Estado social y democrático de derecho de un Estado verdaderamente constitucional.

VI. REFERENCIAS

- Arcos-Troyano, J. (2014). Discrecionalidad judicial y desplazamiento forzado, tratamiento al interior de la Corte constitucional colombiana. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 11(2), 125-135.
- Corte Constitucional (1998, abril 28). Sentencia T-153 [MP. Eduardo Cifuentes M.]. Bogotá, Colombia.

- Corte Constitucional (2004, Enero 22). Sentencia T-025 [MP. Manuel José Cepeda E.]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2008, julio 31). Sentencia T-760 [MP. Manuel José Cepeda E.]. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2010, Febrero 4). Sentencia T-068 [MP. Jorge Ignacio Pretelt C.]. Bogotá, Colombia.
- Decreto 2569 de 2000. (2000, Diciembre 12). Diario Oficial No. 44.263. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, España: Paidós.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana*. Barcelona, España: Paidós.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible*. Barcelona, España: Paidós.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías la ley del más débil*. Madrid, España: Trotta.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.
- Fraser, N. (1998). From redistribution to recognition? Dilemmas of Justice in a "Post-socialist" Age. En C. Willett (Ed.), *Theorizing Multiculturalism: A guide to the current debate* (pp.19-49). Oxford, UK: Wiley-Blackwell.
- Garzón Estrada, J. (2005). Del liberalismo político a las acciones afirmativas: diferencias, libertades y reconocimiento. *Piedra de Panduro*, 5, 3-28.
- Hart, H.L.A. (2002). *Entre utilidad y derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo-Rojas, C. (2013). Libertad negativa y libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana: un análisis desde la perspectiva de John Stuart Mill y Thomas Hobbes. *Revista Precedente*, 3, 71-120.
- Ley 387 de 1997. (1997, Julio 18). Diario Oficial No. 43.091. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 70 de 1993. (1993, Agosto 27). Diario Oficial No. 41.013. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Mill, J. S. (1964). *Sobre la libertad*. Buenos Aires, Argentina: Aguilar.
- Muñoz-Palacios, J. (2014). *El desplazamiento forzado interno en la normatividad internacional y en el ordenamiento jurídico colombiano*. Popayán, Colombia: Universidad del Cauca.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona, España: Paidós.
- Raphael, D. D. (1996). *Problemas de filosofía política*. Madrid, España: Alianza.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.
- Younes Moreno, D. (2012). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia: Legis.

CURRÍCULO

Jeffrey Arcos Troyano. Estudiante de séptimo semestre del programa de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, actualmente hace parte del Grupo de estudio Derecho & Razón, presidido por Carlos Jaramillo, Ph.D. Adicionalmente, ha participado en el programa Jóvenes Investigadores de Colciencias, promovido por su casa de estudios.