

PRESENTACION

Los Derechos Humanos son la más importante conquista de la humanidad. Ningún otro descubrimiento, ningún resultado del ingenio o la creatividad humana es más noble, más notable, más hermoso y más importante para hombres y mujeres que el catálogo simple de aquellos derechos que no nos pueden ser arrebatados por nadie y que nos tienen que ser respetados por todos. En efecto, los derechos humanos, consagrados hoy en múltiples textos de derecho internacional y en todas las constituciones democráticas del mundo, son necesarios para que la comunidad política pueda ser una comunidad realmente justa y civilizada. Allí donde no hay conciencia de los derechos humanos, donde se cree que son meras formulaciones retóricas que el poder puede acomodar a su antojo, allí donde no existe una verdadera cultura de los derechos, las mujeres y hombres están desvalidos, inermes, frente a la injusticia y al atropello. A este respecto resultan sabias las palabras del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según las cuales: *"el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad"*.

En Colombia, justo antes de la fundación de la República, don Antonio Nariño tradujo al castellano la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Se proponía Nariño que todos pudiéramos leer un texto que proclamaba el respeto de los derechos de las personas, como condición necesaria para que la sociedad fuera justa y el poder legítimo. Señaló entonces que era indispensable que las leyes y las conductas de las gentes en América respetaran la vida humana, la integridad personal, la libertad y la igualdad de todos los hombres y mujeres. Esos elementales ideales llevaron a Antonio Nariño a la cárcel y a muchos de sus defensores a la marginación, al exilio o a la muerte.

Sin embargo, a pesar de que la historia de Nariño se ha repetido incansablemente, siempre habrá seres humanos con el coraje y la solidaridad suficiente para insistir en que este país tiene derecho a darse una oportunidad desde los derechos humanos. Y esas personas tienen que saber que la Defensoría del Pueblo está de su lado. Tienen que saber que no dejaremos de hacer nada que pueda estar a nuestro

alcance para trabajar por que todos los habitantes de Colombia tengamos derecho, como lo tiene el resto de la familia humana, a vivir en una sociedad en la que se respeten nuestros derechos y nuestra dignidad como personas.

Para cumplir con esta tarea, la Defensoría del Pueblo ha considerado fundamental, entre otras cosas, impulsar, por todo el país, proyectos pedagógicos sobre los derechos humanos. Se trata de que las colombianas y colombianos, de todas las edades, orígenes, regiones, ocupaciones, credos e ideologías, puedan discutir con libertad cual es el orden en el que quieren vivir y si les complace y están dispuestos a construir, en paz, pero con tesón y sabiduría, una sociedad en la que se respete su vida, su integridad, su libertad e igualdad. Una sociedad en la que existan las condiciones materiales para que todos podamos vivir de manera digna. En suma, una sociedad que gire en torno al respeto de la persona humana.

Ese propósito alienta esta colección. Se trata de una serie de libros de *creación colectiva* fruto de la reflexión y el trabajo mancomunado de profesores de más de 12 universidades públicas de todo el país, servidores de la Defensoría del Pueblo y líderes sociales y comunitarios que nos han acompañado en este proceso. Esta colección, constituye el material básico de los cursos de derechos humanos que la Defensoría y las Universidades adelantan conjuntamente en distintos centros educativos. Cada volumen hace referencia a un tema directamente relacionado con los derechos humanos y se compone de lo siguiente: (1) un breve *artículo* inicial en el que se define el contenido y alcance del derecho objeto de análisis, con fundamento en las normas nacionales e internacionales vigentes; (2) un *manual de casos* en el que se recogen algunos casos reales del sistema nacional e internacional de protección, con el fin de señalar el alcance de los distintos mecanismos de defensa de los derechos; (3) un *glosario de términos* en el que se definen las expresiones jurídicas o técnicas utilizadas en el artículo y en el manual a fin de que la lectura pueda estar al alcance de todas las personas, y (4) una *guía pedagógica* que permite orientar la enseñanza del tema objeto del respectivo volumen. Finalmente, en algunos tomos se incluyen textos de normas, doctrina o jurisprudencia relevante. Adicionalmente, el material escrito se encuentra acompañado por material audiovisual (una

serie de programas de radio y televisión) que complementan, a través de historias de vida y reflexiones de algunos expertos, los temas tratados en cada volumen.

Sabemos, sin embargo, que el material que presentamos es insuficiente para la enorme tarea de educación en derechos humanos que todos debemos adelantar. No obstante, es un paso inicial en el camino que esperamos transitar hacia el rescate de lo que nos hace humanos: la dignidad de la persona.

Eduardo Cifuentes Muñoz

TABLA DE CONTENIDO

1. Un problema de discriminación por género y posesión de fuero sindical.
2. Evolución histórica del derecho a la igualdad.
3. Ambigüedad del término igualdad: ¿igualdad de qué?
 - Igualdad formal o igualdad ante la ley.
 - Igualdad de trato.
 - Igualdad de derechos y deberes.
 - Igualdad de bienes.
 - Igualdad de oportunidades.
 - Igualdad en la imposición de cargas.
 - Igualdad de salario.
4. Distintas formas de justificación moral del derecho a la igualdad.
 - Concepciones *iusnaturalistas*: la igualdad como derecho natural.
 - Concepciones utilitaristas: la igualdad de acceso al bienestar.
 - Concepciones deontológicas: la igualdad como deber.
5. Los sujetos del derecho a la igualdad: las personas, los individuos y los grupos.
6. La acción del Estado como garante del derecho a la igualdad: la acción negativa y la acción positiva.
7. La constitucionalización del derecho a la igualdad: de derecho natural a derecho positivo.
 - Indiferencia jurídica de las diferencias.
 - Diferenciación jurídica de las diferencias.
 - Homologación jurídica de las diferencias.
 - Igual valoración jurídica de las diferencias.
8. Los mecanismos de protección del derecho a la igualdad en Colombia.
9. La solución constitucional correcta en el caso de discriminación planteado.

**“O TODOS EN LA CAMA O TODOS EN EL SUELO”
DEL DERECHO A LA IGUALDAD, AL RESPETO DE LA DIFERENCIA.**

**◆ Diana Patricia Quintero Mosquera
Universidad Icesi - Cali**

INTRODUCCIÓN

Durante toda la historia de la civilización occidental los seres humanos de distintas condiciones naturales y sociales han padecido las consecuencias de la ausencia de igualdad. Por ello no resulta extraño que los tratamientos discriminatorios en razón de la pertenencia a una raza, un género, o la adscripción a una ideología, una religión, etc., hayan inspirado luchas sangrientas a lo largo y ancho del mundo occidental. Colombia no ha estado ajena a dichas luchas. En la época de la colonia, los indígenas se vieron en la necesidad de pelear por dejar de ser considerados como seres sin alma. Los miembros de la raza negra debieron a su vez, luchar por la abolición de la esclavitud; al tiempo que las mujeres se vieron obligadas a luchar por la consagración de la igualdad entre los géneros. Este tipo de batallas por la igualdad, lograron producir algunos frutos, durante la existencia de la República, tales como la abolición jurídica de la esclavitud, el reconocimiento de los indígenas como seres con alma, la consagración de la igualdad de todos ante la ley, en el momento fundacional de la nación en 1821, etc.

A finales del siglo XX se concretó mediante la Constitución de 1991, el derecho a no ser discriminado, en razón de la pertenencia a una raza, cultura, sexo, religión, condición social, ideológica, política o económica. Se avanzó en el proceso de reconocimiento jurídico y social de la pluralidad de cultos, y la igual valoración de todos ellos. De manera paulatina se fue generalizando la conciencia sobre la necesidad de aplicar la justicia a todos los infractores de la ley, con independencia de su condición política o económica. Ya no resulta extraña la imposición de sanciones penales o monetarias a congresistas, militares de alto rango, empresarios, etc. Paralelamente se ha dado la concreción de políticas de respeto y ayuda hacia grupos vulnerables como los menores,

los ancianos y los discapacitados, Es así como mediante la constitución de 1991, la vulnerabilidad logró ser reconocida como criterio razonable para establecer tratos diferenciados hacia estos grupos, con el fin de garantizarles de modo efectivo su derecho a la igualdad.

Igualdad La igualdad, en sus múltiples manifestaciones - igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad de oportunidades -, es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. Las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a personas o grupos de personas de manera diversificada e infundada contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable. **Sentencia T-098/94 Corte Constitucional.**

La igualdad, no es un criterio vacío que mide mecánicamente a los individuos de la especie humana equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes y aun profundizando las causas de desigualdad e inequidad sustanciales, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus respectivos casos, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe presidir toda gestión pública. **Sentencia T-823/99 Corte Constitucional.**

Otro logro de rango constitucional es el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano y la acción positiva a favor de las comunidades indígenas: su derecho a la propiedad sobre los territorios ancestralmente ocupados, a preservar sus creencias, formas de gobierno y de administrar justicia, y a la obtención de una educación respetuosa de sus costumbres, lengua y tradiciones. Este proceso se

inició hacia 1891 por vía legislativa, pero se ha concretado mediante la aplicación de las disposiciones establecidas en la Constitución de 1991, en especial, en el reconocimiento de la multiculturalidad en Colombia.

Discriminación: En principio, habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, lo que permite paralelamente, normaciones diferentes para supuestos distintos. No se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Si no que por el contrario, dichas circunstancias, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a los casos específicos, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales. **Sentencia T-631/99. Corte Constitucional**

Acto Discriminatorio: "acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumar la violación del derecho a la igualdad. **Sentencia T-098/94 Corte Constitucional**

También se ha avanzado en materia de igualdad laboral, mediante el reconocimiento del derecho de los trabajadores, y en particular de las trabajadoras, a disfrutar de la igualdad de trato en materia salarial y a no ser discriminados o discriminadas por poseer fuero sindical. La legislación laboral consagró, desde 1948 los tratos igualitarios en esta materia; aunque la Corte Suprema de Justicia concedía o negaba el derecho a un trato igualitario, dependiendo de la situación de orden público interno. Se puede señalar que sólo hacia los años 70 se inició el proceso de garantía del derecho, - con avances y retrocesos - aunque

éste obtendrá una protección más decidida por las decisiones de la Corte Constitucional, a partir de 1991. Otro avance es la afirmación de la igual ciudadanía de las mujeres, a quienes a partir de 1953 se les reconoció su derecho al voto, y la adopción de medidas legales en su favor, a lo largo del último decenio. Estas medidas buscan abrir puertas tradicionalmente cerradas a las mujeres, tales como el formar parte de las fuerzas militares del Estado, o el acceder a altos cargos en los sectores público y privado. Y finalmente el establecimiento de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, reconocida expresamente por la Constitución de 1991.

Discapacidad: incapacidad física o mental causada por una enfermedad o accidente, o por una lesión congénita. Minusvalía. Diccionario de María Moliner.

Impedido: La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1975 la Declaración de los Derechos de los impedidos, en la que definió el término "impedido" como: "toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no de sus facultades físicas o mentales". Sentencia T-823/99 Corte Constitucional.

A pesar del avance que significan las medidas señaladas, en términos de garantía del derecho a la igualdad de los ciudadanos y las ciudadanas, persisten formas discriminatorias en razón de las cualidades físicas, psicológicas, sociales, religiosas, económicas, culturales, ideológicas o políticas de las personas. Estas formas de discriminación constituyen una negación del derecho a la igualdad, en unos casos, y en otros, del derecho a obtener un trato diferenciado en razón de una situación de vulnerabilidad. Dentro de ellas encontramos: la existencia de formas ocultas de segregación racial hacia todas las personas, el favorecimiento legal hacia determinados grupos de interés, - en detrimento del interés general -, la aplicación selectiva de la justicia, mediante la discriminación en la aplicación de las sanciones, los privilegios gubernamentales para la iglesia católica y sus miembros, el establecimiento de tratos hacia los niños, los ancianos y los discapacitados, que no toman en consideración su vulnerabilidad, el irrespeto hacia los valores y tradiciones ancestrales

de las comunidades indígenas, la discriminación a los trabajadores y las trabajadoras que poseen fuero sindical, el pago desigual para trabajos iguales por consideraciones de sexo o condición social, el establecimiento de tratos discriminatorios hacia la mujer y la subvaloración de aquello que constituye su identidad y la falta de oportunidades reales para los grupos menos favorecidos económicamente, son todas realidades de la Colombia actual.

Segregación racial: práctica de restringir las personas a ciertas áreas limitadas de residencia, o de separar las instituciones – colegios, iglesias –y las facilidades –parques, restaurantes y baños– sobre la base de la raza o de una raza imputada. Siempre es un medio de mantener las ventajas económicas y la superioridad social de los grupos políticamente dominantes. (Enciclopedia Británica)

Quienes elaboraron la Constitución de 1991 tenían la doble intención de eliminar del ordenamiento jurídico colombiano tales formas discriminatorias y de proteger el derecho a la diferencia de los ciudadanos y las ciudadanas. La Corte Constitucional ha concretado esa intención mediante la tutela del derecho fundamental a la igualdad, y a la dignidad; mientras que el Congreso ha producido algunas normas encaminadas a la protección de la igualdad y el respeto a la diferencia. A pesar de estos avances, los problemas son abundantes y no siempre de fácil solución, debido en parte, al carácter mestizo y multicultural del pueblo colombiano y en parte a nuestra débil voluntad de resolver los conflictos sociales por la vía del derecho.

En el presente trabajo se mostrará la evolución histórica del derecho a la igualdad, en la tradición occidental, algunos problemas sobre su sentido, los sujetos involucrados, su alcance como derecho positivo, y el lugar que ocupa en el derecho, - en particular en las decisiones de la Corte Constitucional -. Con las herramientas teóricas, se abordará un problema cuya solución razonable será construida a partir de las formas interpretativas utilizadas por la Corte Constitucional, en los casos de violación del derecho a la igualdad.

1. Un problema de discriminación por género y posesión de fuero sindical:

Julián Andrade y Lucero Alvarez* laboran en la misma caja de compensación en los cargos de Auxiliar de nómina y Auxiliar de Contabilidad y Tesorería. Ambos tienen una intensidad horaria de 160 horas al mes. El salario que ganaban hace 10 años al entrar a trabajar en la caja era el mismo: dos salarios mínimos legales vigentes.

Hace 2 años el salario mensual de Julián, trabajador no sindicalizado, y el de algunos auxiliares no sindicalizados, se incrementó hasta alcanzar los 4 salarios mínimos mensuales. Mientras tanto, la remuneración de Lucero, empleada que goza del fuero sindical, permaneció en dos salarios mínimos mensuales vigentes. En los documentos de la empresa se observa también cómo algunos empleados no sindicalizados todos ellos varones, que se desempeñaban como auxiliares de áreas afines, obtuvieron un incremento hasta llegar a los 3 salarios mínimos legales vigentes.

¿Podemos considerar que a Lucero le ha sido vulnerado su derecho a la igualdad?.

<p>Fuero Sindical: es la garantía de que gozan algunos trabajadores de los sindicatos, de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo. (Código sustantivo de trabajo)</p>

2. Evolución histórica del derecho a la igualdad.

La igualdad como derecho de los ciudadanos y las ciudadanas es un logro de la cultura occidental, que inició su proceso de instauración en el siglo XVIII, a partir de las revoluciones burguesas francesa – 1789- y norteamericana 1776. No siempre las personas fueron consideradas como iguales; por el contrario durante muchos siglos la desigualdad fue

* Nombres ficticios

concebida como algo natural, que debía reproducirse por la estructura social, sus normas jurídicas y sus decisiones políticas. En Grecia antigua, - cuna de la civilización occidental, en la cual apareció la igualdad ante la ley y la democracia -, las personas eran desiguales y debían separarse en poseedores de ciudadanía y no poseedores de ciudadanía. A las personas se les negaba o reconocía derechos políticos y se les imponía cargas o beneficios, con fundamento en su propiedad, forma y lugar de nacimiento, género, etc. La esclavitud, por ejemplo, era una institución socialmente aceptada. Estas diferencias no sólo eran reconocidas sino que debían ser perpetuadas por quienes ejercían como gobernantes; sin lo cual se consideraba en peligro el conjunto de la sociedad. El paso del mundo antiguo al medieval implicó algunas modificaciones de forma, pero en el fondo permanecieron las diferencias fundadas en el sexo, la raza, y la condición social y económica, como criterios de discriminación para el ejercicio de cargos y funciones públicas y para el disfrute de potestades y garantías ciudadanas.

Un antecedente básico del derecho a la igualdad lo constituyen las utopías del renacimiento, textos publicados hacia los siglos XVI y XVII, en los cuales se plantea una sociedad absolutamente igualitaria, donde nadie posee ventajas o bienes en mayor proporción a lo poseído por el resto de ciudadanos y ciudadanas. El sentido de estos famosos escritos es doble, de un lado buscan plantear una crítica a las desigualdades y a la miseria, y de otro lado pretenden trazar una sociedad ideal en términos igualitarios.

Utopía: Término que designa un proyecto de modificación radical de un determinado orden social: por ejemplo, el cambio de los sistemas de valores y de instituciones que le sirven de fundamento o una diversa distribución de los recursos sociales más importantes, en particular del poder, de la riqueza y del prestigio. (Diccionario de Política. N. Bobbio).

Ya en plena modernidad las revoluciones francesa y norteamericana dan como resultado la promulgación de declaraciones de derechos que establecen la igualdad formal: el principio según el cual la ley debe considerar a todas las personas como iguales en derechos y en deberes.

Además, el poder del Estado se divide en ramas, las cuales tienen el deber de garantizar dicha igualdad. La declaración norteamericana de independencia de 1776 y la francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 consagran la igualdad ante la ley como el supuesto básico para el reconocimiento de ciertos derechos irrenunciables de la persona: el derecho a la vida, la libertad y la felicidad. Ser ciudadano - no ciudadana - es lo que asegura el disfrute de los derechos básicos. A partir de estas revoluciones, la ciudadanía no solo cobija a quienes poseen títulos de nobleza, sino que involucra también a la burguesía. Esta clase social accede a la propiedad privada mediante el trabajo – noción que comprende el comercio, las actividades artesanales, y en general todas aquellas actividades que en el mundo antiguo se consideraban bajas y merecedoras de exclusión social - obteniendo así los derechos de ciudadanía.

En la declaración jacobina de 1793 aparece la igualdad como derecho irrenunciable del individuo, y no sólo como la base para obtener otros derechos. La declaración de la igualdad como derecho individual expresa el deseo del pueblo francés de obtener, más allá de la igualdad formal, la igualdad material: la redistribución de la riqueza que iguale a todos en bienes. Este igualitarismo encontró oposición, incluso entre los propios jacobinos.

<p>Igualitarismo: Postura política que defiende la desaparición de las desigualdades económicas y sociales. ... según una concepción extrema, un sistema moral o jurídico es igualitario si todos los beneficios o cargas deben distribuirse en partes iguales a todos. (Diccionario de Política de N. Bobbio)</p>

Las declaraciones burguesas no contemplaron la desaparición de todas las formas de discriminación, porque las mujeres y los no propietarios continuaron por fuera de la protección que garantizaba la igualdad formal. Sin embargo, significaron una ampliación importante de la categoría de ciudadano, como primer paso en la larga búsqueda de la igualdad real o material. A los privilegios de nacimiento se unieron aquellos derivados del propio esfuerzo y talento, lo que permitió el ascenso social de personas de origen humilde, modificando así la estructura social jerárquica y estática, propia del mundo antiguo y

medieval. La clásica fórmula de justicia "dar a cada uno según su nacimiento", entra a complementarse con la noción "dar a cada uno según su mérito o según su trabajo". A menudo este hecho no es reconocido como un avance en la lucha por la igualdad. Ciertas activistas de los grupos de mujeres, por ejemplo, no reconocen que la igualdad burguesa sea un primer paso en el proceso de universalización del derecho de todas las personas a ser reconocidas como iguales.

La tradición socialista critica la reproducción capitalista de las condiciones de desigualdad social y económica entre los ciudadanos. Los antecedentes teóricos de esta tradición se encuentran en las formulaciones de los denominados "socialistas utópicos", - entre los cuales encontramos a Babeuf o Roux -, quienes durante la revolución francesa denunciaban la falta de una repartición más equitativa y justa de la riqueza entre los ciudadanos. Los denominados "socialistas científicos" han intentado trazar el camino necesario para la instauración real del socialismo, mediante la dictadura del proletariado y la consiguiente desaparición del Estado. Una sociedad de ciudadanos absolutamente iguales no requiere, a juicio de estos teóricos, de un aparato represivo encargado de reproducir la dominación de las clases económicamente privilegiadas, sobre las clases más desfavorecidas.

Las críticas socialistas en conjunto, tienen la ventaja de demostrar las insuficiencias de la igualdad formal, establecida por las revoluciones burguesas. Por tratarse de concepciones modernas, es decir, surgidas en el mundo europeo posterior al renacimiento; se mantiene en las teorías socialistas la indiferencia hacia las condiciones de vulnerabilidad de ciertos grupos, unidos por identidades y rasgos como el género o la cultura. La agencia de las mujeres, de las minorías étnicas o de las personas discapacitadas, son secundarias frente a la tarea socialista de lograr la igualdad material entre los trabajadores y propietarios.

Socialismo: en sentido lato se puede adscribir al socialismo todas aquellas teorías políticas que privilegian el momento social sobre el momento individual, siendo desde el punto de vista lexical lo opuesto al individualismo. En tal sentido es sinónimo de comunismo, cuando el acento va puesto sobre lo común, opuesto a lo privado, con referencia a la propiedad de los medios de

producción. (diccionario de política de N. Bobbio).

La lucha por la igualdad de grupos raciales, étnicos y culturales iniciará sus pequeños triunfos a partir de mediados del siglo XIX. En E.U. casi un siglo después de proclamada la independencia de la unión, se obtuvo en 1863 la abolición legal de la esclavitud; pero el logro de derechos civiles para los grupos de raza negra, solo se produjo un siglo más tarde, hacia 1966. En general podemos decir que la igualdad es reconocida a minorías o grupos vulnerables, con posterioridad a la segunda guerra mundial. Este reconocimiento fue el resultado de los hechos de barbarie perpetrados por los nazis contra el pueblo judío, en razón de su raza y cultura. La declaración universal de derechos humanos de 1948 establece en su preámbulo la igualdad de derechos de todos los hombres y mujeres que conforman la familia humana, a fin de brindarles protección. La declaración tiene un carácter igualitario en el reconocimiento de derechos y libertades, que se observa con mayor fuerza en los siguientes artículos: "art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos,...art. 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición. Art. 4 Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Art. 7 Todos son iguales ante la ley, y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración".

En los artículos citados la expresión "todos" alude a la igualdad de las personas como base para la adjudicación de derechos de tipo civil, político, económico, social y cultural. A pesar del reconocimiento universal de la igualdad esencial entre todos los seres humanos, estos no son iguales entre sí: precisamente la identidad de cada individuo se constituye por un conjunto de rasgos, deseos, necesidades e intereses diversos. Estas características en muchos casos se oponen y su realización marca las diferencias entre individuos. Pensemos en un grupo de diez mujeres: todas son iguales en tanto personas, sumadas constituyen un grupo unido por su género -femenino- que las hace

compartir ciertos intereses como el logro de la igualdad entre géneros. Sin embargo, cada una de las diez mujeres es diferente de la otra por su edad, condición económica, religión, opiniones políticas, gustos, sueños, etc. Esta realidad hace más difícil determinar a qué nos referimos cuando hablamos de un derecho fundamental a la igualdad para todos los ciudadanos y todas las ciudadanas de Colombia.

1. Ambigüedad del término igualdad: ¿igualdad de qué?.

Es problemático fijar el sentido del derecho que nos ocupa, porque la noción misma de "igualdad" puede ser entendida de diversas maneras. Uno de los primeros problemas para la comprensión de la palabra "igualdad" es su carga emotiva: su utilización produce en ocasiones, una emoción favorable en el oyente. En estos casos la igualdad es concebida como un fin social deseable, que, según afirman algunos, debe alcanzarse por cualquier medio. En efecto, si es bueno en términos morales que las personas sean iguales en la posesión de bienes materiales, se podría justificar incluso la búsqueda de la igualdad mediante la violencia física. En otros casos la palabra "igualdad" produce emociones desfavorables, por asocio a los ideales igualitaristas. La realización de esos ideales durante el presente siglo, llevada a cabo por los agentes del denominado "socialismo realmente existente" trajo consecuencias sociales indeseables, como la violación de las libertades básicas de los ciudadanos. Para esta última perspectiva, el derecho de propiedad privada es considerado como el bien más valioso, y la sociedad libre de mercado el ámbito más adecuado para su ejercicio y protección. Esa valoración positiva de la propiedad y el mercado justifican los sentimientos de rechazo hacia la idea de igualdad de bienes materiales entre las personas en la sociedad.

El segundo tipo de dificultades se refiere a la ambigüedad del término, en tanto se aplica a múltiples situaciones que difieren entre sí, y en las cuales resulta complejo hallar un núcleo de significado común. La ambigüedad se profundiza si consideramos que la misma expresión se usa para describir un derecho subjetivo, es decir la facultad de los individuos en particular, por ejemplo, *Juan, ciudadano colombiano, tiene derecho al reconocimiento de una igual dignidad.* Y también describe un ideal colectivo: *en Colombia necesitamos más igualdad social* . La

igualdad social no es una potestad que pueda ser reclamada de modo particular, sino un principio que debe orientar la acción gubernamental. El derecho a la igualdad es percibido como un bien básico de cada individuo.

La pluralidad de formas de entender la igualdad ha preocupado a miembros de diversas disciplinas. Los teóricos políticos la consideran su objeto de estudio, en tanto ligada a la noción de ciudadanía como categoría política y apelan a los derechos de igual ciudadanía. Los teóricos morales encuentran elementos comunes entre la igualdad y la justicia como el principal problema moral. El elemento común básico es que ambas requieren de ciertas reglas, mediante las cuales se establece la forma como deben distribuirse determinados beneficios o cargas entre las personas que componen la sociedad. Las reglas más comunes que se han formulado para alcanzar la justicia o la igualdad y que resultan usualmente contradictorias son las siguientes:

- a. todos deben ser tratados de una manera igual e idéntica en el número y cantidad de las cosas que reciben.**
- b. se deben dar partes iguales a los que son iguales entre sí y partes desiguales a los que no son iguales.**
- c. se debe tratar a las personas de manera igual, a menos que exista una justificación para tratarlas en forma desigual.**
- d. se deben dar partes iguales a un grupo relativamente grande**
- e. se debe dar a cada quien según su mérito o según su habilidad, etc.**

Ahora bien, en el Estado organizado mediante una Constitución política, las formas de entender el derecho a la igualdad se reducen a las siguientes:

- Igualdad formal o igualdad ante la ley. Esta noción es el primer logro obtenido por las revoluciones burguesas y, con posterioridad, por la revolución de independencia de la Nueva Granada, respecto de la monarquía española. Es importante recordar el influjo que tuvo en dicha revolución la traducción de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano realizada por Nariño. Se trata de un avance con relación al Estado despótico anterior a la modernidad, en tanto la sumisión ciudadana a la**

voluntad arbitraria del monarca o déspota de turno, fue reemplazada por la sumisión a la voluntad soberana de la ley. Los Estados despóticos se caracterizaban por someter a los ciudadanos al capricho de los gobernantes, lo que dificultaba la vida de las personas y las dejaba a merced de la buena voluntad de un déspota, cuyo poder dependía directamente de la divinidad. La ley por el contrario, al ser general, impersonal y abstracta, sirve de protección a los ciudadanos y las ciudadanas y les asigna condiciones más seguras para el despliegue de su vida. La generalidad es un rasgo que impide la regulación legal de situaciones particulares y delinea un ámbito general de libertad para todos y todas. – ya no es necesario contar con la benevolencia o la simpatía de los miembros de la clase gobernante para tener garantizada la propia vida o el disfrute de las libertades -.La impersonalidad, como segundo rasgo, evita el establecimiento de distinciones entre los sujetos de derecho, y las distinciones entre súbditos y gobernantes; como las mencionadas en la Grecia o Roma antiguas.

La abstracción es la tercera característica de la ley y se refiere a la generalidad en el tiempo, con cuyo establecimiento su destinatario o destinataria puede conocer de antemano las posibilidades y límites de sus actuaciones: su vida y posibilidades no dependerán más del ánimo cambiante de los gobernantes, lo que se garantiza mediante medidas como la prohibición de aplicar la ley a hechos sucedidos en el pasado. En general la ley iguala a quienes son titulares de la ciudadanía, y los cubre de manera general e impersonal, sin distinciones que pongan en peligro su vida y bienestar material.

- **Igualdad de trato.** Esta noción consiste en reconocer la igual dignidad de las personas, con independencia de su condición natural o social, su ideología, cultura y demás rasgos definitorios de la identidad individual; es el derecho fundamental de toda persona a ser tratada como igual a las demás. La larga historia occidental de discriminación, exclusión social, marginación, e indiferencia frente al sufrimiento de las personas, las ha llevado a reivindicar el derecho a ser tratadas con la misma consideración y respeto que otorgamos a una persona por la que sentimos una clara simpatía, admiración o con

la cual nos sentimos identificados e identificadas en determinados rasgos. En efecto, no importa el nivel social que las personas ocupen, siempre tendrán amigos, allegados, familiares o incluso superiores hacia quienes tengan un sentimiento de simpatía, así como el deseo de no atropellarlos, y de tomar en serio sus intereses y necesidades.

El supuesto de este derecho es que los seres humanos son capaces de darse a sí mismos y dar a las demás personas que los rodean un trato respetuoso y acorde con su dignidad. Este deber de dar un trato respetuoso, cobija a todas las personas, incluidas aquellas que tienen alguna autoridad en el Estado.

La igualdad de trato involucra el derecho a obtener un igual tratamiento por parte del Estado y de los particulares en la distribución de derechos y libertades, bienes, oportunidades, cargas, posiciones sociales, y salario. La lista no es exhaustiva, se trata por el contrario de mínimos que permiten el despliegue de la vida individual, en condiciones acordes con la igual dignidad de las personas.

- **Igualdad de derechos y deberes.** Es el supuesto básico del Estado social de derecho moderno. Consiste en la afirmación de que todos los ciudadanos y las ciudadanas, sin distinción alguna, pueden disfrutar de los derechos establecidos por la Constitución, salvo en los casos de imposición de sanciones por violación a la ley. Las sanciones restringen las libertades básicas, por ejemplo la libertad de movilización o de participación política, como respuesta a un acto que ha perturbado el orden público. El disfrute de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales, colectivos y del medio ambiente, imponen a sus titulares el cumplimiento de unos deberes, contemplados también en la Constitución y la ley. En principio nadie queda exento del cumplimiento de esos deberes, porque ello significaría dar un trato discriminatorio a los demás miembros del cuerpo político.
- **Igualdad de bienes.** Con relación a este punto la Corte constitucional ha señalado mediante sentencia T-441/97 que cuando se trata de la repartición de bienes escasos, no se puede partir de la

base de que todos los interesados en ellos tienen derecho a recibirlos, razón por la cual la aplicación del principio de igualdad adquiere una modalidad específica en estas situaciones, "consistente en que todas las personas interesadas en la adjudicación del bien tienen derecho a estar en igualdad de condiciones para acceder al proceso de selección de los beneficiarios y a que su distribución se realice acatando los procedimientos establecidos". Ello significa que para la distribución de esos bienes se requiere establecer criterios objetivos, los cuales "han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen".

La perspectiva de la Corte en el fallo aludido es respetuosa de las diferencias en talentos, gustos, necesidades, deseos y modos de vida, entre las personas que componen la sociedad. Por tal motivo, no se contempla la igualdad de bienes como igualitarismo "el dar a todas las personas la misma cantidad de bienes"; garantía que podría reñir con la preservación de las libertades fundamentales, tales como la libertad económica, de empresa o el derecho de propiedad. Para un igualitarismo extremo sería justificable desconocer el derecho de propiedad de las personas que más riqueza tienen, para entregar sus bienes a los desposeídos. La crítica a esta concepción señala que si para garantizar la igualdad de oportunidades a quienes no tienen capacidad económica suficiente para cubrir su educación, el Estado confiscara los bienes de otros con mayor capacidad, estaría tratando a estos últimos sin consideración hacia su autonomía. El privarlos de la base material que heredaron de sus padres o familiares cercanos o que obtuvieron por su propio esfuerzo, es percibida como un desconocimiento de su autonomía y un atropello a su dignidad.

El deseo igualitarista de obtener la igualdad material absoluta, ha inspirado algunas revoluciones socialistas, como la revolución rusa de 1917. Sus efectos prácticos de pobreza, corrupción y pérdida ciudadana de libertades individuales, son los argumentos utilizados por quienes critican el llamado socialismo real. Aunque nuestro sistema de producción es capitalista, tenemos un Estado social de derecho, en el cual la ley y el gobierno deben garantizar la disminución de las desigualdades en el acceso a los bienes materiales. Para esto se deben

establecer políticas sociales y económicas que beneficien a quienes tienen menos posibilidades de procurarse, por sus propios medios, el nivel de bienestar material compatible con la dignidad humana. Estas políticas son de tipo redistributivo, porque mediante la imposición de impuestos a los que más poseen, compensan las desigualdades en riqueza, salud y talento de las personas, a favor de quienes tienen menos capacidad de seguir un plan de vida gratificante. La redistribución así planteada es compatible con la autonomía de las personas, porque persigue la maximización de la capacidad real de los individuos de disfrutar de sus libertades individuales, sin restringir la autonomía de otros individuos. No es suficiente que la Constitución y la ley del Estado establezcan el derecho a la vida, a la libertad y a la autodeterminación, si no se cuenta con los medios materiales mínimos para el disfrute de esas libertades y derechos; es decir para llevar una vida digna de todo ser humano.

- **Igualdad de oportunidades.** Puede entenderse como la posibilidad real de satisfacer los propios deseos, gustos, intereses y necesidades. Aunque esta noción de "oportunidad" es amplia, con ella se suele hacer referencia a la posibilidad real de acceder a una educación acorde con las propias capacidades. Una persona sin educación no tendrá en la vida las mismas oportunidades que tiene alguien cuyo punto de partida es una mejor educación o un entorno familiar y social económicamente privilegiado. Es por esto que la educación es reconocida como una forma de modificar las condiciones iniciales para el desempeño en la vida productiva, a favor de los más desfavorecidos. Una persona joven de escasos recursos económicos, puede aspirar a mejorar su condición económica y la de su familia si accede a una educación que le permita desempeñarse en un trabajo bien remunerado o productivo. Las posibilidades que tiene de lograrlo sin ninguna educación son mínimas en el presente tiempo, caracterizado por los sociólogos como la era de la sociedad del conocimiento.

Esta igualdad se encuentra muy ligada a la igualdad de acceso a posiciones sociales, y se refiere a la posibilidad de acceder a ciertos cargos, dignidades, o posiciones que permitan a las personas tener un nivel de vida satisfactorio, tanto material como espiritualmente. No basta

con tener un talento, como el ser bueno para la música o los números, si no se logra alcanzar un cargo o posición en el mundo productivo que permita el desarrollo del talento mediante su ejercicio, económicamente compensado. Poder contar con un trabajo que corresponda a la vocación personal, implica que las personas no se sientan como meros objetos que contribuyen a incrementar el patrimonio de otros. También significa la revalorización del trabajo: de ser un simple modo de sobrevivencia, - en ocasiones esclavizante - pasa a ser una forma de realización personal. El trabajo no es la única forma de posición social que las personas consideran importante. La pertenencia a determinados grupos y la posición que se ocupe en ellos, son de igual manera importantes. La necesidad de unirse a otras personas es un hecho que lleva a los seres humanos a formar parte de colectivos aglutinados alrededor de ideales, necesidades propias y sociales, gustos, enfermedades y carencias, ambiciones, temores, simpatías, etc. La igualdad de oportunidades en este campo se vulnera cuando los miembros del grupo prohíben a alguna(s) persona(s) formar parte del mismo, debido a un rasgo como el color de piel, la ideología, la religión que profesa, etc. Por ejemplo, si a una persona le es prohibido formar parte de un equipo de fútbol, porque es de una raza tradicionalmente discriminada, podemos considerar que es sujeto de una violación a la igualdad de oportunidades. Sin embargo, si a esa misma persona se le niega el derecho de pertenencia al equipo, en virtud de su poca capacidad técnica para el deporte, no podríamos argumentar que sufre un recorte o violación de su derecho a la igualdad de oportunidades.

En efecto, en ocasiones las personas creen ver discriminación donde realmente esta no existe. A veces los criterios para excluir a alguien de un grupo o para negarle el acceso al mismo, no son violatorios de su dignidad. La conducta observada por ellas, el trato que dan a las personas a su alrededor, el nivel educativo alcanzado, o la falta de ciertas capacidades técnicas, pueden ser criterios relevantes para negarles la oportunidad de formar parte de un colectivo determinado. En el Estado constitucional las personas no tienen entonces un derecho a ser admitidas en cualquier grupo o a disfrutar de determinado privilegio o trabajo; tienen derecho a ser tratadas en virtud de su reclamación, con la misma consideración y respeto con que se trataría a una persona muy cercana.

- **Igualdad en la imposición de cargas.** Esta igualdad no significa que todas las personas deban cumplir con las mismas obligaciones sociales o económicas. El criterio utilizado es imponer más cargas a quienes tienen más beneficios sociales y menos cargas a los menos favorecidos. Por ejemplo, quienes más bienes posean deben pagar más impuestos, cuyo cobro no es ilegítimo, como algunos defensores radicales de la propiedad privada han argumentado. Los impuestos son la consecuencia de contar con más beneficios derivados de la vida en sociedad. Un empresario obtiene del Estado no solo la protección de su vida e integridad, y la de su familia, sino también la protección de la empresa, proveedores y clientes; y en general de todo lo que constituye su capital de trabajo. Los beneficios que deriva de vivir en sociedad son significativamente mayores a los obtenidos por quien solo posee su fuerza de trabajo y su familia. Este hecho justifica la imposición de mayores obligaciones al primero. De otro lado, evadir el cumplimiento de los deberes económicos impuestos por el Estado, sería dar un tratamiento inequitativo a aquellos que pagan sus impuestos con gran esfuerzo y en condiciones materiales mucho más desfavorables, teniendo incluso menos bienes sujetos a protección estatal.
- **Igualdad de salario.** Esta constituye una reivindicación propia de las personas que tienen un vínculo laboral con algún particular o con el Estado, del cual derivan una remuneración. Los trabajadores y las trabajadoras reclaman su derecho a obtener un trato igual al que obtienen quienes realizan labores iguales, en el marco de una misma organización. Una de las principales formas de dar un trato igualitario a un trabajador o a una trabajadora, es darle una remuneración igual a la percibida por quienes realizan un trabajo igual. Esta igualdad de salario forma parte de un derecho más amplio de las personas, a ser tratadas con la misma consideración y respeto por su dignidad. Los trabajadores, y de modo especial las trabajadoras, han sido un sector golpeado por numerosas formas de discriminación, en la medida en que se les priva de algún beneficio o se les retira de la organización por haberse sindicalizado. Una trabajadora de un determinado sector productivo que recibe un menor salario, con relación a aquel que reciben los varones que

ocupan la misma posición en la escala organizativa y realizan un trabajo igual; está siendo discriminada en razón de su condición femenina. Si además se la priva de alguna prestación dada a los demás trabajadores, y se encuentra sindicalizada, ella tendrá buenas razones para considerarse víctima de una discriminación o trato diferenciado no justificable.

Las distintas formas de entender la igualdad se pueden agrupar según la justificación moral que den al principio. Encontramos concepciones *iusnaturalistas*, utilitaristas y deontológicas. Se trata de formas que dan diversas razones a los ciudadanos, para defender su derecho a la igualdad.

4. DISTINTAS FORMAS DE JUSTIFICACIÓN MORAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD.

- **Concepciones *iusnaturalistas*: la igualdad como derecho natural.** Existen distintos tipos de teorías explicativas de la igualdad como un derecho natural del ser humano, que debe su existencia y reconocimiento a la bondad divina o a la naturaleza racional del ser humano. El primer tipo es denominado *iusnaturalismo* teológico y apunta a la idea de una igualdad básica de los seres humanos como hijos de un mismo padre - Dios -. Tal origen común funda la noción de igualdad humana que se expresa tanto en la ley natural, como en la ley positiva. El segundo tipo, conocido como *iusnaturalismo* racionalista, considera a los seres humanos como iguales, en virtud de su naturaleza: se toma la facultad racional como elemento definitorio de la misma. La naturaleza racional, y no la procedencia divina, es el criterio que hace a las personas iguales entre sí. Para el *iusnaturalismo* racionalista los seres humanos son iguales porque son seres racionales y no porque se consideren hijos de un mismo Dios. La expresión *ius* es una forma latina que significa derecho; esta expresión hace alusión al carácter natural del derecho a la igualdad. Los seres humanos tienen por el solo hecho de existir, un derecho a la igualdad que pueden reivindicar incluso contra el Estado. Esto significa que el derecho positivo o derecho creado por el Estado, no

solo no puede atentar contra el derecho a la igualdad de las personas, sino que debe establecer disposiciones que permitan y promuevan la realización efectiva del derecho. Aunque en el *iusnaturalismo* racionalista se encuentran alusiones a la ley natural, es más adecuado utilizar la expresión derecho natural, porque la idea medieval de una ley que impone obligaciones a sujetos sometidos a ella, se ve desplazada por el concepto moderno de derechos subjetivos, o facultades personales.

Hoy en día aún encontramos argumentos *iusnaturalistas* para defender los derechos individuales y en concreto el derecho a la igualdad. La declaración universal de 1948 establece la igualdad como derecho natural, inalienable e imprescriptible de las personas.

- **Concepciones utilitaristas: la igualdad de acceso al bienestar.** Se trata de un tipo de teorías cuyo surgimiento va unido a la crítica de la concepción *iusnaturalista*. Sus principales exponentes creen necesario abandonar la idea de un derecho natural a la igualdad. Este derecho les resulta difícil de garantizar de modo efectivo, debido a la multiplicidad de concepciones sobre su contenido, por no haber sido extractado de la realidad, y porque no sirve para brindar una sólida protección al derecho positivo a la igualdad: es decir un derecho escrito que expresa la voluntad soberana de quienes tienen el poder político. Debido a las limitaciones de las concepciones de derecho natural, en el establecimiento de razones sólidas y coherentes para la defensa del derecho a la igualdad, los teóricos del utilitarismo, en particular la versión clásica del mismo, han defendido la necesidad de establecer la igualdad formal. La igualdad ante la ley es para ellos la única forma de igualdad compatible con el principio moral básico que defienden. El principio del utilitarismo establece la necesidad de lograr la mayor felicidad para el mayor número de personas en la sociedad, a través de la ley creada por el Estado y de la actuación de sus órganos. De esta manera desaparece la oposición entre derecho natural y derecho positivo, a favor del segundo, como única norma capaz de otorgar derechos a las personas. Un ejemplo de justificación utilitarista de una medida gubernamental lo encontramos en las propuestas de reforma al sistema carcelario. Estas propuestas buscan hacerlo

operativo para la garantía del bienestar de la mayoría de personas de la sociedad, mediante la imposición de penas a los infractores de la ley que de modo efectivo mejoren las condiciones de vida de toda la sociedad, incluidos los presos. Mientras los últimos podrían obtener un trato acorde a su dignidad, la sociedad obtendría seguridad, paz y tranquilidad; lo que sin duda incrementaría la cantidad total de bienestar disfrutado por sus miembros.

Los utilitaristas consideran a cada persona como igualmente relevante para la sumatoria de la felicidad total. La felicidad o bienestar de cada persona debe ser tenida en cuenta para el logro de la felicidad global, y no como meta en si mismo valiosa. La acción del gobierno debe, desde esta perspectiva, encaminarse hacia el incremento de la felicidad de la mayoría de miembros de la sociedad. Una formulación utilitarista del derecho a la igualdad para el acceso a bienes y posiciones sociales nos diría: ningún ciudadano tiene un derecho natural a la posesión de algún bien o al acceso a alguna posición social; por lo tanto, el Estado mediante su aparato gubernamental deberá distribuir y regular los bienes y las posiciones, a fin de asegurar el mayor bienestar promedio posible, tomando en igual consideración el bienestar o felicidad de cada persona en particular.

A pesar de que esta forma de entender la igualdad surge durante el siglo XIX, aún hoy cuenta con un número importante de defensores. La concepción utilitarista no incluye en su idea del "mayor número de personas" a la totalidad de quienes componen la comunidad política. En ella se encuentra aún la idea de una ciudadanía restringida a los hombres, mayores, propietarios; propia del período de las revoluciones burguesas. Aunque la categoría utilizada por sus exponentes sea la de personas, las mujeres y los no propietarios seguirán excluidos de la categoría de "ciudadanos".

- Concepciones deontológicas: la igualdad como deber. Los defensores de estas teorías deontológicas a menudo plantean críticas importantes al utilitarismo, mediante las cuales se hacen explícitos los problemas que trae su aplicación a la garantía de los derechos de los ciudadanos. Uno de los problemas denunciados es la falta de compromiso con los derechos de los individuos que componen la**

sociedad. La Principal objeción sobre este tema es la siguiente: en el caso de demostrarse que la eliminación del derecho a la igualdad trae un mayor bienestar a la sociedad, desde la perspectiva utilitarista esta eliminación sería justificable. En efecto, si las desigualdades económicas o sociales incrementan la felicidad de las mayorías, a costa del bienestar de las minorías, se cumpliría el fin del principio utilitarista.

Es debido a las limitaciones del utilitarismo que los defensores de las concepciones deontológicas defienden un derecho a la igualdad, fundado en la existencia de una igual dignidad entre las personas. Por dignidad se entiende el valor que tiene cada individuo de la especie humana, cuyo respeto impone a sí mismo y a los demás la prohibición de tratarlo como una cosa o un medio para lograr fines como el lucro, la información, la venganza, la obtención de privilegios, etc. Toda persona tiene entonces el deber de respetar tanto su dignidad como la dignidad de las demás personas con quienes comparte la vida social. Este deber no se encuentra condicionado al cumplimiento de ningún requisito o a la observación de determinada conducta. De hecho el peor de los delincuentes, a pesar del mal que haya causado, posee valor y no precio y por eso la sanción que se le aplique debe ser respetuosa de su dignidad. Una formulación de la igualdad a los bienes y las posiciones en la sociedad, en términos deontológicos, nos diría: todas las personas tienen el derecho a ser tratadas por los demás y por el Estado como iguales en dignidad y derechos, y el aparato gubernamental debe distribuir los bienes y posiciones considerando el papel prioritario de las libertades personales, y tratando de establecer tratos diferenciados que beneficien a los que se encuentren peor situados en la sociedad, o sean más vulnerables. Mediante esta formulación se garantiza que la búsqueda de la igualdad en los bienes o en las posiciones ocupadas socialmente, no justifique la violación de las libertades y derechos fundamentales: el derecho de libertad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc. Además, se impone a los aparatos y órganos del Estado la necesidad de establecer políticas de redistribución de bienes y posiciones, como forma de alcanzar la justicia social, fin último del Estado social de Derecho.

5. LOS SUJETOS DEL DERECHO A LA IGUALDAD: LAS PERSONAS, LOS INDIVIDUOS Y LOS GRUPOS.

Hemos visto las amplias posibilidades que se presentan al momento de definir el sentido de la igualdad. Es necesario determinar ahora quienes son los sujetos que reclaman para sí el derecho a la igualdad, y ante quien formulan sus reclamos, en cualquiera de los sentidos explicados en el punto anterior. En primer lugar se encuentran las personas; categoría que no es de fácil definición, tal como han demostrado quienes intentan dar respuesta al problema del aborto. Hay sin embargo un uso extendido de la expresión, mediante la cual se designa a todos los miembros de la especie humana que comparten el poseer facultades racionales y sensibles. Las capacidades de sentir dolor o placer, experimentar sentimientos como el amor o el odio, pensar o expresarse mediante el lenguaje, y utilizar herramientas para producir objetos, forman parte de la noción de "persona". No se trata de elementos que deban estar todos presentes como sucede con los ingredientes de una torta, ni tampoco pueden servir para negar la personalidad a quienes adolecen parcial o totalmente de alguno de tales rasgos. Por el contrario, si desde cierta perspectiva moral el aborto es el desconocimiento del derecho a la vida de una persona, es porque los seres humanos estamos dispuestos a requerir mucho menos para otorgar la personalidad a alguien. Es probable que uno solo de los rasgos sea suficiente o que incluso la sola forma exterior humana baste.

De cualquier forma el ser personas es el elemento que nos hace iguales a todos los demás humanos, mientras que el ser individuos es lo que nos hace únicos e irrepetibles; lo que a fin de cuentas nos diferencia. La construcción de la identidad de cada persona es particular, es decir su individualidad, se construye a través de la identidad con otras personas a quienes reconoce como modelo, pero también de la diferencia frente a ellas. Los individuos son personas separadas por sus intereses, deseos y necesidades, que pueden compartir con otros una misma cultura, ideología, o condición socioeconómica; quienes al pertenecer a cada uno de tales grupos, por lo general mantienen su identidad. Los individuos son diferentes entre sí: difieren en raza, sexo, carácter, condición física o psíquica, cultura, ideología, etc., y tales diferencias son sustanciales a la identidad individual. Es por esto que reclaman su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y al respeto por la diferencia.

Otros sujetos que reclaman su derecho a la igualdad y el respeto a la diferencia, son los grupos o colectivos de personas que comparten entre sí algún elemento común, alrededor del cual se congregan. Las personas o los individuos en ocasiones deciden crear colectivos o pertenecer a ellos, como forma de expresar su identidad, obtener solidaridad y apoyo de individuos semejantes, o brindar dicha solidaridad a aquellos por quienes sienten simpatía. Ejemplos de estos grupos los constituyen los miembros de clubes, o grupos sociales protectores de personas que padecen determinada enfermedad, o de personas con desventajas físicas o económicas.

En otros casos un rasgo natural, o una situación no controlada por el sujeto, determinan la pertenencia a un grupo, como en el caso de los grupos formados por mujeres, o niños; en estos casos la pertenencia al grupo no es una cuestión voluntaria. Los colectivos en ocasiones reclaman de modo directo a la sociedad el respeto por sus diferencias; no solo en el sentido de obtener tolerancia, sino en el sentido de valoración y promoción de las mismas. Uno de los grupos que ha reclamado activamente su derecho a obtener un trato igualitario, a lo largo del presente siglo, son las mujeres, tanto a nivel internacional como nacional. La razón ha sido el padecimiento de múltiples discriminaciones, sufridas durante siglos enteros de la cultura occidental. En dicha historia quedaron excluidas del disfrute de derechos políticos y del ejercicio pleno de las libertades civiles, hasta hace unas pocas décadas. Además, se encuentran los grupos indígenas, quienes padecieron siglos de dominación y aculturación después de la llegada de los españoles a nuestro territorio. Las personas de origen afrocolombiano, quienes reivindican la abolición real de la esclavitud y segregación, y no solo la abolición formal de las mismas. Las personas discapacitadas, que han debido coexistir con diversas formas de discriminación: por ser percibidos como seres inferiores que no pueden acceder al disfrute de ciertos bienes o privilegios sociales. También han padecido otra forma de discriminación, por la adopción de políticas y medidas gubernamentales o privadas, que los igualan a las personas en pleno uso de sus capacidades físicas o psíquicas. Este tratamiento constituye una vulneración a su derecho a obtener un trato preferencial, que compense la situación de desventaja inicial en que se encuentran.

Las personas más vulnerables en razón de su edad: niños, niñas, adultos mayores, y adolescentes; aunque no se aglutinen voluntariamente, son defendidos en su derecho a obtener un trato preferencial por parte de las instituciones políticas y jurídicas, como resultado de su menor capacidad de desenvolverse en la competencia del mercado. Sucede de igual modo con los grupos de homosexuales, que han padecido la exclusión social debido a sus preferencias sexuales, y cada vez más reivindican en todo el mundo occidental su derecho a ser tratados con la igual consideración y respeto con que se trata a una persona heterosexual. Reivindican también que su vida en pareja sea reconocida por la sociedad y las instituciones, como una forma válida de crear familia, con todos los derechos y deberes que ello implica. En términos generales podemos señalar que las personas, los individuos y los grupos se benefician del reclamo ajeno o reclaman de modo directo, no solo su derecho a la igualdad en todos los sentidos señalados en este escrito, sino su derecho a la diferencia como parte esencial de su identidad.

6. LA ACCIÓN DEL ESTADO COMO GARANTE DEL DERECHO A LA IGUALDAD: LA ACCIÓN NEGATIVA Y LA ACCIÓN POSITIVA.

Las reclamaciones por el derecho a la igualdad de trato en sentido amplio y por el respeto a la diferencia, se pueden formular tanto a las personas - individual o colectivamente - como a los aparatos y órganos del Estado. Las personas vulneran el derecho de otros cuando los someten a tratos discriminatorios que vulneran su dignidad o cuando hacen caso omiso de las diferencias que les dan identidad. En estos casos se generan conflictos sociales que pueden ser resueltos por la vía del derecho – incluso por vía conciliatoria – o mediante el recurso a la violencia. Mientras la primera vía respeta la dignidad del agresor, la segunda implica tratarlo como una cosa que no merece ninguna consideración o respeto.

Al lado de las personas, encontramos al Estado como entidad ante la cual se han formulado tradicionalmente las demandas por igualdad y respeto a las diferencias. El Estado, al contar entre sus elementos con la

coerción o el aparato represivo, es un potencial violador de los derechos fundamentales de las personas. Precisamente las primeras reivindicaciones por derechos civiles y políticos se realizaban en oposición al Estado, y contemplaban el establecimiento de límites a su poder sobre la vida y libertades de ciudadanos y ciudadanas. Las restricciones al Estado implicaban la imposición de una obligación: abstenerse de violar los derechos y libertades fundamentales de las personas. Esta obligación, de carácter negativo (no violar), significa para el Estado la imposibilidad de usar sus órganos o aparatos para establecer tratos discriminatorios que atenten contra la igual dignidad de las personas o que impliquen el menoscabo del derecho a la diferencia. El Estado a su vez, debido al poder político que posee, y a la capacidad redistributiva con que cuenta, es a menudo el objeto de las mayores demandas que pretenden lograr tratos diferenciados que garanticen la igual dignidad de las personas en la sociedad.

Algunos utilizan la expresión "discriminación inversa" para referirse a aquellos tipos de discriminación que en lugar de violar un derecho a quien las padece, buscan un trato diferenciado para garantizar su igual dignidad. Esta expresión aparece en los textos norteamericanos en alusión a políticas de ciertas universidades que establecían requisitos de acceso diferenciados, con el fin de asegurar cupo a las personas de comunidades tradicionalmente marginadas. El criterio era establecer requisitos menos exigentes para los aspirantes de estos grupos, a los fijados para las personas tradicionalmente privilegiadas. Un ejemplo claro de este tipo de medidas tomadas en Colombia lo constituye la Ley 581 de 2000, que otorgó a las mujeres el derecho a ocupar al menos un 30% de los cargos en los niveles decisorios de las distintas ramas y órganos del poder público. Esta ley fue declarada como constitucional, mediante sentencia C-371 de 2000.

En suma, el principio de igualdad permite: 1) que se reclame al Estado el otorgamiento a todas las personas de un trato con igual consideración y respeto; 2) que en las órbitas de importancia pública se establezcan normas que prohíban la discriminación y 3) que se adopten acciones que permitan, a través de acciones de discriminación inversa, la disminución de las diferencias económicas y sociales en el seno de la sociedad. Generalmente el Estado se le reclama el establecimiento de medidas

legislativas que prohíban a los particulares, dar a los otros tratamientos discriminatorios que vulneren su igual dignidad. También la imposición de sanciones, cuando dichos tratos se presenten. De igual manera, se le reclama la adopción de medidas redistributivas, que garanticen a las personas más pobres el acceso a los bienes y oportunidades mínimos requeridos para alcanzar una vida material acorde a su dignidad.

7. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD: DEL DERECHO NATURAL AL DERECHO POSITIVO.

Luigi Ferrajoli, en el texto citado en la bibliografía adjunta, ha realizado aportes al tema de las diferencias en el derecho, estableciendo un proceso gradual de creación de normas positivas, reguladoras del derecho a la diferencia. Las distintas etapas de ese proceso se pueden denominar:

- **Indiferencia jurídica de las diferencias.**

En este primer momento las diferencias entre individuos no se valorizan ni tampoco se desvalorizan; no se protege ni se viola el derecho a diferir, porque no existe el reconocimiento del mismo como derecho. Durante este periodo, propio de una sociedad premoderna, los individuos son pensados en el marco de un estado o condición natural, anterior al orden político y al establecimiento del derecho positivo. Tales individuos solo cuentan para defenderse, con sus capacidades físicas y mentales; por lo que viven en una especie de guerra por la conservación de la vida y los bienes básicos. Bajo este esquema los individuos no reivindican un derecho a recibir un trato acorde con su dignidad; porque su preocupación fundamental se centra en poder garantizar su mera subsistencia, en un ámbito hostil en el cual el derecho como límite a las conductas individuales no existe.

Modernidad puede definirse como un período de la historia occidental, cuyo nacimiento y gran despliegue abarca los siglos XVII y XVIII, pero que para muchos llega hasta nuestros días; mientras que para otros termina con el descubrimiento de los hechos de barbarie dados durante la segunda guerra mundial. Es caracterizado por una confianza absoluta en la razón, como facultad capaz de llevar al ser humano hacia la perfección. Además, por la identidad

entre todos los seres humanos racionales, y por la idea de una historia lineal hacia la perfección humana.

- **Diferenciación jurídica de las diferencias.**

Se presenta una jerarquización de las identidades individuales, por la valorización de unas, en detrimento de otras. Hay ciertos *status* privilegiados, que constituyen fuente de derechos y potestades. Esto es propio del mundo jurídico de los orígenes de la modernidad; período en el cual la igualdad jurídica solo cobija a los hombres, blancos, y propietarios. La igualdad formal convive así con la aceptación social de formas de discriminación hacia la mujer, o de formas violatorias de la dignidad de ciertas personas, tales como la esclavitud.

- **Homologación jurídica de las diferencias.**

En este momento, dado en pleno desarrollo de la modernidad, todas las diferencias son devaluadas, en nombre de la afirmación de la igualdad formal o abstracta. Hay una represión o anulación de las diferencias, por la implícita asunción de una identidad entre todos los seres de la especie humana. Este modelo ha sido propio de los socialismos realmente existentes y también de los ordenamientos liberales, comprometidos con la idea de un sujeto universalizado. Las diferencias culturales, étnicas o de género son enmascaradas en el ordenamiento jurídico.

- **Igual valoración jurídica de las diferencias.**

Se basa en el principio normativo de igualdad en el disfrute de derechos fundamentales: políticos, civiles, económicos y sociales; y también en un sistema de garantías que asegure su efectividad. Algunos teóricos consideran que esta etapa corresponde a una sociedad postmoderna, porque el pensar de la identidad como rasgo moderno, es reemplazado por el pensar de la diferencia. El supuesto de este cambio es el fracaso del proyecto de la modernidad, de considerar a todos los seres humanos como idénticos, en tanto racionales. Desde esta perspectiva, por el contrario, se enfatizan las diferencias entre individuos, dándose sin embargo a todas un igual valor, y considerándolas con igual respeto. Se trata del igual derecho de todos a la tutela de su propia identidad, constituida por diferencias "que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros, y de cada individuo una persona como todas

las demás". Las diversas identidades pesan en las relaciones sociales, como factores de desigualdad, que no pueden ser removidas por el poder político. En efecto, aunque ser personas nos hace iguales a los demás, nuestra identidad como individuos pasa por las diferencias en el aspecto físico, en el carácter, los gustos, las creencias, las formas de vida, etc. Estas diferencias son merecedoras de respeto, siempre que tomemos en serio las libertades individuales como mínimos que el Estado occidental moderno y en general la sociedad, no pueden legítimamente desconocer.

Postmodernidad: podemos definirla como un período de nuestra historia occidental, por el cual transitamos actualmente, según sus defensores. Es el resultado de la derrota del proyecto de la modernidad ilustrada, evidenciado a través de la barbarie producida durante las guerras mundiales del siglo XX. Supone la no existencia del progreso como resultado de una historia lineal, el reemplazo de la idea de identidad entre los seres humanos, por una conciencia de las diferencias. Y la valoración igual de las distintas culturas, razas y formas de vida que conviven el mundo globalizado actual.

Para el caso colombiano podemos afirmar, que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el derecho subjetivo a la igualdad y el respeto a la diferencia han adquirido mayores dimensiones, tanto a nivel legal como a nivel práctico. En términos jurídicos nos ubicamos en esta última etapa de igual valoración jurídica de las diferencias; en la cual el derecho a la igualdad se mantiene como igualdad ante la ley, pero se contemplan además la igualdad material, y el reconocimiento de las diferencias.

8. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN COLOMBIA.

La Constitución nacional establece el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La protección de este derecho compete por igual a distintos órganos de las 3 ramas del poder público: la rama legislativa, la ejecutiva y la judicial.

En lo referido a la primera rama, el legislador cumple su tarea de proteger el derecho a la igualdad y el respeto a la diferencia, mediante la creación de leyes generales y abstractas. De otra parte, el legislador también puede establecer mediante determinadas leyes, discriminaciones inversas, que reconocen una situación de desigualdad inicial de ciertas personas, para garantizarles su derecho a la igualdad. Ejemplos de este tipo los tenemos en las siguientes disposiciones:

Ley 70 de 1993: comunidades negras colombianas

Ley 82 de 1993: apoyo especial a la mujer cabeza de familia

Ley 160 de 1994: reforma agraria y desarrollo rural campesino

Ley 324 de 1996: normas en favor de la población sorda

Ley 361 de 1997: mecanismos de integración social de personas con limitaciones físicas.

Ley 380 de 1997: subsidio a los enfermos de lepra

Ley 387 de 1997: atención y protección de los desplazados

Ley 509 de 1999: beneficios en favor de las madres comunitarias

Ley 581 de 2000: equidad en favor de la mujer

Ley 649 de 2001: participación política de las minorías étnicas

Además, el control político ejercido mediante acciones como la moción de censura, puede servir para remover ministros que atenten, en el ejercicio de sus funciones, contra la igualdad constitucionalmente establecida. Por su parte, los órganos de la rama ejecutiva deben garantizar la igualdad de distintas maneras: El presidente puede

abstenerse de sancionar una ley, es decir no firmarla, por considerarla violatoria del derecho a la igualdad. Esta objeción impediría la promulgación de leyes que establezcan discriminaciones hacia los ciudadanos. Segundo, al aplicar la ley a través de actos, actuaciones o contratos administrativos deben respetar el principio de igualdad en su doble dimensión: igualdad ante la ley y discriminación positiva.

Dentro de la rama judicial, todos los jueces, independientemente de la jurisdicción a la que pertenezcan, están obligados a interpretar el derecho, teniendo como principio rector de la interpretación el principio de la igualdad. Adicionalmente, los jueces constitucionales, en su función de defender la constitución, tienen el deber de recibir y tramitar las acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos que consideren violado su derecho a la igualdad y el respeto a las diferencias. El derecho a la igualdad es tutelable en tanto es un derecho fundamental. La Corte Constitucional, como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, tiene el deber de declarar inconstitucional una ley cuando quiera que esta ha sido demandada y ella encuentre que viola el derecho a la igualdad. En los casos en los cuales cualquier acto de la administración viole el derecho a la igualdad de un particular, éste puede acudir a una acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. La acción se interpone ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (tribunales de lo contencioso-administrativo o el Consejo de Estado).

A nivel internacional es posible acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para formular peticiones o denuncias contra el Estado colombiano, cuando éste viole el derecho a la igualdad de una persona o de un grupo de personas. La Comisión es una entidad del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos de la OEA - Organización de los Estados Americanos -, creada en 1959, con sede en Washington. Las peticiones proceden cuando se hayan agotado los recursos judiciales internos del país, o cuando se presenten retardos injustificados en la toma de las decisiones pertinentes. La Comisión puede tramitar el caso, y preparar un informe con conclusiones y recomendaciones para el Estado o puede presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última tiene su sede en San José de Costa Rica.

9. ALGUNOS CRITERIOS PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN TORNO A LA IGUALDAD, COMO EL CONFLICTO PLANTEADO AL COMENZAR EL PRESENTE ENSAYO.

En el trabajo de interpretación del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha señalado criterios que se pueden considerar como reglas generales, aplicables a algunos de los casos de posible violación del derecho a la igualdad. Tales reglas son:

- El derecho a la igualdad no significa igualitarismo ni igualdad matemática.
- El derecho a la igualdad implica hacer diferencias allí donde se justifiquen.
- Se justifica hacer una diferencia cuando del análisis de la situación se desprende que ella es razonable.
- Una diferencia entre presuntos iguales es razonable cuando existe un hecho relevante que amerite tal diferenciación.
- Un hecho es relevante cuando, a juicio del operador jurídico, es de tal magnitud que rompe el igualitarismo formal para dar lugar a un trato desigual en aras de la igualdad material.

Otra herramienta de interpretación utilizada por la Corte Constitucional lo constituye el llamado "test integrado de igualdad" (sentencia C-093 de 2000), mediante el cual se examina que el trato diferenciado establecido en una regla general no sea desproporcionado o irrazonable, que sea adecuado para alcanzar, aunque de modo parcial, un objetivo no prohibido por la Constitución y que sea necesario; es decir que no exista un trato menos lesivo. Si se trata de una acción positiva o de discriminación inversa, se mirará la eficacia de la medida para lograr el fin de dar protección al grupo; que se trate de la medida menos lesiva y que mediante ella no se sacrifiquen fines ajenos de mayor jerarquía. Si estamos en presencia de tratos diferenciados sospechosos, que limitan un derecho constitucional, se debe hacer un examen más estricto. La Corte ha definido mediante sentencias C-371/2000, C-481/98, C-112/2000, T-230/94, C-445/95, etc. - las categorías sospechosas como

"se denominan criterios sospechosos o potencialmente prohibidos aquellas categorías o regulaciones que" (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) que han estado sometidas históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) que no constituyen, per se, criterios que justifiquen una distribución racional y equitativa de bienes, derechos o cargas sociales" y han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias". El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. Entre estos podemos citar a modo de ejemplo: el caso de las mujeres, negros, homosexuales, negros, entre otros. El examen estricto deberá determinar si el trato diferenciado es un medio idóneo para alcanzar de modo total un fin constitucionalmente imperioso; si es indispensable para lograr el objetivo y si con él no estamos sacrificando principios constitucionales más importantes que el perseguido con el trato desigual.

Con los elementos que tenemos sobre el problema de Lucero Alvarez, podemos señalar distintas etapas de análisis para responder el interrogante planteado. Es necesario considerar, además de la norma constitucional colombiana, la Constitución de la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Esta consagra en su preámbulo: "el reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor" y el Convenio 111 de la OIT señala en su artículo 1: "no debe haber discriminación en materia de oportunidades o de trato en el empleo y en la ocupación".

- En la primera etapa se debe examinar si la medida tomada por la Caja de Compensación, de no incrementar el salario de Lucero en la misma proporción en que ha incrementado el salario a otros auxiliares encargados de realizar tareas iguales, no es frontalmente irrazonable o desproporcionada. Para ello se indagará primero si las personas involucradas se encuentran en la misma condición y segundo los motivos de la diferenciación salarial, mediante el estudio de las pruebas aportadas por el empleador. La Corte en**

sentencia T-230 de 1994 señaló que la carga de la prueba de la justificación del trato distinto corresponde al empleador.

En todo caso, para saber si el trato diferenciado es constitucional, será necesario determinar si la medida tomada por la Caja es potencialmente adecuada para lograr un objetivo razonable y no prohibido por la Constitución. Y si el beneficio que se busca no es innecesario. Además, tal beneficio debe ser superior al costo impuesto a Lucero. En este punto pueden suceder dos cosas:

- 1. Si el empleador no demuestra de modo suficiente, cuál es la razón en que ha basado la diferenciación, y mediante algunos testimonios se identifican como razones su calidad de mujer y de empleada sindicalizada, la diferenciación será abiertamente inconstitucional. Este trato constituirá una discriminación violatoria de su derecho a la igualdad. En este punto la revisión de las pruebas debe ser estricta, porque su condición de mujer y de empleada sindicalizada constituye un criterio sospechoso para establecer tratos diferenciados.**
- 2. Si el empleador demuestra en un primer momento, que el trato diferenciado es una medida adecuada para alcanzar un objetivo no prohibido constitucionalmente, no habrá discriminación. Tampoco la habrá si logra demostrar que la medida es la menos lesiva para la trabajadora o que resulta indispensable para lograr ese objetivo valioso. La Caja puede probar, por ejemplo, que la diferencia salarial busca incentivar a aquellos trabajadores que objetivamente producen más y mejor. Este fin sería potencialmente adecuado para lograr el objetivo de incrementar la productividad de la Caja. Además, la medida buscaría la justicia en la remuneración. La Corte ha señalado al respecto lo siguiente: "estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen". Sentencia T-079/95.**

En cuanto al juez competente para conocer este proceso, la Corte ha manifestado que la tutela es solo un mecanismo transitorio para obtener el restablecimiento del derecho violado. En casos como el de Lucero, la jurisdicción laboral es la encargada de determinar, si el trato desigual se justifica razonablemente o constituye una discriminación. Es necesario señalar que la aplicación rigurosa del test requiere de un conocimiento profundo de todos y cada uno de los elementos procesales, no determinados en nuestro hipotético caso.

MANUAL DE CASOS

La Defensoría del Pueblo presenta, como aporte metodológico al estudio de los derechos humanos el presente manual de casos, cuyo objetivo es el dar a conocer a través de historia o cuentos sencillos, casos jurídicos relacionados con conflictos en derechos humanos que han sido analizados y resueltos en tribunales nacionales e internacionales¹.

El manual constituye un instrumento pedagógico para la enseñanza de estos derechos. Los casos, presentados de manera didáctica y con nombres y hechos ficticios, han sido inspirados en problemáticas reales. Su objetivo es el de lograr que los lectores puedan analizar y asimilar las herramientas teóricas que se mencionan en el ensayo que se incorpora en la primera parte de este libro.

La selección de los casos se ha realizado tomando en consideración los diversos mecanismos de protección nacional e internacional que existen para asegurar la eficacia de los derechos humanos. La pretensión del manual, no es la de intentar ilustrar la totalidad de los casos que sobre un tema en especial ha analizado la jurisprudencia nacional o comparada, porque ello desbordaría ostensiblemente el propósito de éste trabajo. El objetivo, ha sido simplemente el de ilustrar a través de casos representativos, algunos de los conflictos básicos en derechos humanos que por su claridad conceptual y por su relevancia práctica y teórica, permiten que el lector pueda afianzar conocimientos esenciales en esta materia.

A nivel internacional hemos preferido hacer énfasis en la presentación de casos que han sido ventilados ante el sistema interamericano de derechos humanos, dada la importancia de los mecanismos regionales de protección en nuestro país. De ahí que el primer caso desarrolle precisamente, situaciones que fueron puestas en

¹ La metodología utilizada se fundamenta en el sistema denominado “aprendizaje orientado a problemas” PBL (problem based learning), utilizado por la Universidad de Maastrich en Europa. El método pretende desarrollar en el estudiante la capacidad de fortalecer las habilidades de argumentación, análisis y utilización de conocimientos, a través del estudio y discusión de situaciones concretas o problemas, que le permitan entender los conceptos y verificar su aplicabilidad en la práctica.

conocimiento de órganos internacionales de derechos humanos. Los casos subsiguientes, sin embargo, se refieren a circunstancias que fueron conocidas por los jueces y tribunales nacionales, acorde con sus competencias constitucionales y legales.

Las preguntas que se estructuran al final de cada caso, pretenden favorecer el debate y la reflexión de los temas propuestos. Las respuestas a estos cuestionamientos surgen necesariamente del análisis de las normas jurídicas correspondientes; de la reflexión teórica del ensayo que se presenta en la primera parte de este volumen, y por supuesto, de la bibliografía de referencia que se menciona al final del ensayo. El propósito de estas preguntas es el de facilitar el debate y la discusión de los temas teóricos del capítulo primero, incluso más allá de los supuestos de hecho expuestos en cada caso.

Las expresiones en negrilla que se resaltan en los casos, pueden ser consultadas al final del manual en el glosario de términos, cuyo propósito es presentar, de manera sucinta, una breve descripción de la expresión resaltada.

Por todo lo anterior el presente manual puede ser utilizado como texto guía para la reflexión sobre los mecanismos de protección del derecho a la igualdad; como material pedagógico accesorio; como punto inicial de reflexión académica, o como recuento empírico de problemas reales que involucran la protección de los derechos humanos y el compromiso de los estados en su aseguramiento y garantía.



INDICE

Casos

Caso: “ ¡A tomar decisiones!”
(CDH de la ONU: Igualdad de género)

Caso: “ ¡Las mujeres al poder!”
(Acción de inconstitucionalidad: Género)

Caso: “La pasión del fútbol, es el Gol”
(Acción de tutela: Discapacitados)

Caso: “Los Milenarios del Tiempo Perdido Vs. los Nukak Makú”.
(Acción de tutela: Diversidad étnica y cultural)

Caso: “ Participación y Movimiento Cimarrón”
(Derecho de igualdad de comunidades Afrocolombianas)

Caso: “ Trabajador y Hojalete”
(Acción de tutela: Derecho a la igualdad y Sindicatos).

Caso: ¡Diferente y Afortunato!
(Igualdad material: Docentes Homosexuales)

DERECHOS DE IGUALDAD / IGUALDAD DE GÉNERO

¡A TOMAR DECISIONES!

¿Qué pasó²?

Desde hace algunos años en el barrio Monte Alto, situado a las afueras de la Capital del Estado, se venían presentando una serie de problemas como cortes de luz y agua, falta de recolección de basuras, huecos en las calles, etc. Todos los vecinos estaban muy preocupados pero no sabían muy bien que hacer ni cómo lograr que la Alcaldía los escuchara. Se reunieron, discutieron el problema y decidieron conformar una Junta de Acción Comunal que se encargaría de ahí en adelante de discutir los problemas del barrio, pensar soluciones y tramitar quejas ante la Alcaldía.

Los requisitos establecidos por la ley para pertenecer a la Junta eran ser varón, mayor de 18 años, saber leer y escribir, y obtener el mayor número de votos en una elección pública entre la gente del barrio.

Perla, Rubí y Concha, decidieron inscribirse como candidatas, pero su inscripción fue rechazada por no cumplir uno de los requisitos: el de ser varón; de allí que se sintieran discriminadas y excluidas de la participación, en los temas que concernían a su comunidad. Sin embargo, ellas sabían que debían hacer algo frente a esta situación, porque la consideraban completamente contraria a sus derechos.

¿Qué hicieron?

Alguien les aconsejó que interpusieran una acción pública de inconstitucionalidad para que la norma que establecía el requisito de ser varón para participar, fuera eliminada del régimen jurídico por no estar de acuerdo con el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución. Sin embargo, cuando ya estaban dispuestas a iniciar la acción, una de sus amigas les comunicó que esa norma (la ley nacional

² Este es un caso ficticio, elaborado con base en la Observación general No. 28 de la Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

de participación) ya había sido examinada en su totalidad por el tribunal constitucional y había sido declarada ajustada a la Constitución, por lo que no podían demandarla nuevamente.

Sin ninguna intención de rendirse, Perla y sus compañeras, decidieron presentar una comunicación³ al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas contando su caso, y solicitando que se pronunciara sobre la violación al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, protegida en el artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos en condiciones de igualdad, garantizados en el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¿Qué alegó el Estado?

El Estado alegó que su organización política se caracteriza por la separación de poderes, que es uno de los fundamentos del sistema democrático. En consecuencia, si el poder judicial de su país ya determinó que la norma que cuestionan las señoras estaba acorde con la Constitución, mal podría el poder ejecutivo interferir en ello, porque de hacerlo, ello sería atentar contra la independencia judicial.

¿Qué decidió el Comité?

En primer lugar, consideró que el Estado, al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se comprometió a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos establecidos en el Pacto, incluyendo medidas jurisdiccionales y legislativas, para eliminar discriminaciones entre hombres y mujeres, incluyendo la decisión jurisdiccional que autoriza tal diferenciación. En otras palabras, los derechos pueden ser afectados por leyes o por actos del ejecutivo, pero también por decisiones jurisdiccionales que los desconozcan o los vulneren.

³ Las comunicaciones que se presentan a la Comisión de Derechos Humanos deben contener la descripción de los hechos, el objeto de la pretensión y la mención de los derechos violados; no se admiten comunicaciones presentadas en términos abusivos y ofensivos contra el Estado aludido. Se admitirán en el evento que las expresiones desconsideradas sean corregidas.

Expresa el Comité que el artículo 3º del Pacto establece que todos los seres humanos deben disfrutar, en pie de igualdad, e íntegramente, de todos los derechos previstos en el Pacto. Esta disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho consagrado en él, igualmente. En consecuencia, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto en condiciones de igualdad, lo que incluye participar en asuntos públicos, acorde con el artículo 25 del Pacto.

Analizada la distinción que establece la Ley Nacional de Participación, el Comité concluyó que aquella coloca en circunstancias de inferioridad a la mujer que desea pertenecer a la Junta de Acción Comunal del barrio al que pertenece, respecto de los varones que tienen la misma aspiración.

Para el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los Estados deben cerciorarse de que la ley garantice a la mujer los derechos políticos amparados por el artículo 25 en pie de igualdad con el varón y adoptar medidas eficaces y positivas, incluidas las medidas necesarias de diferenciación positiva, para promover y asegurar la participación de la mujer en asuntos públicos.

El Comité considera que las restricciones de género impuestas por la Ley Nacional de Participación constituyen una infracción al principio de igualdad y han impedido en la práctica que Perla, Rubí y Concha ejerzan la oportunidad de participar en la vida política de su barrio.

¿En qué terminó todo?

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es de la opinión que los hechos señalados por las peticionarias Perla, Concha y Rubí implican violaciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en particular de los artículos 3 y 25, por cuanto la Ley Nacional de Participación es constitutiva de discriminación contra ellas.

El Comité, en consecuencia, opina que el Estado debe revisar las disposiciones de la Ley Nacional de Participación, a fin de cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto y debe adoptar medidas correctivas

inmediatas para que Perla, Concha y Rubí puedan aspirar a ser elegidas como miembros de la Junta de Acción Comunal de Monte Alto.

¿Qué mecanismo se utilizó?

Se utilizó el mecanismo de comunicaciones al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para que ésta se pronunciara sobre la situación de discriminación en el Estado⁴.

Recordemos que:

- ✓ Frente al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas pueden presentar comunicaciones las personas o grupos que se presuman víctimas de violaciones de derechos humanos enunciadas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- ✓ No se admiten comunicaciones anónimas. Los autores deben ser plenamente identificados, aún cuando sus nombres no se darán a conocer a menos que ellos así lo deseen.
- ✓ Las comunicaciones deben contener la descripción de los hechos, el objeto de la pretensión y la mención de los derechos violados.
- ✓ Las comunicaciones son admisibles si se han agotado todos los recursos de jurisdicción interna, a menos que se demuestre que éstos son ineficaces o que los procedimientos se prolongan indefinidamente.

Preguntémonos...

- ❖ **¿Quiénes pueden presentar comunicaciones al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas?**
- ❖ **¿Qué elementos debe contener una comunicación?**
- ❖ **Además de la discriminación por género, ¿qué otro tipo de tratamientos son lesivos del derecho a la igualdad?**

⁴ Pacto de Derechos Civiles y Políticos Art. 45 y Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Artículo. 1º, relacionado con las comunicaciones. El Pacto y el Protocolo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución No 2200ª del 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo de 1976.

DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL / ACCIÓN AFIRMATIVA

¡LAS MUJERES AL PODER!

¿Qué pasó⁵?

La Dra. Alicia y Doña Gloria, se habían destacado en sus estudios y en su profesión, desde muy jóvenes. Eran mujeres de más de cuarenta años, valientes y decididas, que a pesar de la oposición de colegas y amigos, de los arduos años de trabajo, del cuidado incesante de sus hijos y esposos, habían logrado, no sin dificultad, pagarse su carrera y alcanzar logros importantes en sus respectivos trabajos.

Ambas eran amigas desde la infancia, y recordaban su amistad como uno de los grandes tesoros de su época estudiantil. Desde muy jóvenes habían decidido ser mujeres con una profesión y una vida plena, a pesar de los obstáculos, y se habían hecho la promesa recíproca de apoyarse mutuamente en su sueño de llegar a las más altas esferas de dirección del país. Alicia, había estudiado economía, y se destacaba en cargos de gran responsabilidad. Doña Gloria, era una prominente abogada, muy reconocida en altos círculos jurisdiccionales.

Todavía, sin embargo, les hacía falta llegar al último peldaño de su carrera profesional, como era su propósito. Acorde a sus talentos y esfuerzos, llegar a esa meta debería ser un salto más que justo; pero muchos temían que, por razones muy distintas a su propia voluntad y preparación, esa posibilidad no se diera nunca.

En efecto, a pesar de los años, las cosas no habían cambiado esencialmente en sus áreas de trabajo, donde todavía ciertos prejuicios de formación social reinaban en las mentes de colegas, subalternos y especialmente, jefes y directivos. Eso no era nuevo para ellas, porque durante muchos años, ninguno de sus familiares y amigos creyeron sinceramente que podrían alcanzar las metas que ambicionaban, y

⁵ Los nombres y los hechos que a continuación se presentan, son ficticios. Sin embargo, los datos generales que se presentarán en los diferentes apartes de este caso, son inspirados en la sentencia C-371 de 2000 de la Corte Constitucional.

menos, los lugares de prestigio que ocupaban en la actualidad. No porque no confiaran en la fuerza de su carácter, - al fin y al cabo eran mujeres algo tercas, desde pequeñas -, sino porque sabían que la vida misma les ofrecería obstáculos, que podían llegar a ser insuperables frente a sus sueños.

De hecho, ambas habían nacido en hogares dónde, para sus padres, estudiar una carrera no era una meta socialmente propicia, por su condición de mujeres. El papá de Alicia, por ejemplo, se habían empeñado en que la economía no era para señoritas y que sería una pérdida de tiempo y dinero apoyar la carrera de alguien que al casarse, iba a renunciar a su profesión. En el caso de Gloria, su padre había insinuado que el derecho era muy difícil para ella : -“¿ Por qué no mejor estudias algo que tenga que ver con el cuidado de niños?” – le preguntó el padre una tarde fría de diciembre, visiblemente consternado con la idea de que su hija estudiara derecho. – “Es que eso es para hombres, hija” – le replicó.

Más adelante, familiares y esposos, serían los nuevos críticos implacables de sus decisiones profesionales. Los niños y sus necesidades, su responsabilidad familiar, la maternidad, el deber de estar en el hogar y mil y una nuevas justificaciones, serían razones suficientes para que los comentarios más severos les fueran impuestos a estas mujeres por querer continuar con sus respectivas profesiones.

Como era de esperarse, tantos juicios colectivos de vecinos, familiares y amigos, sembraron en ellas sentimientos encontrados frente a sus expectativas vitales. La culpa, hizo presencia, y con ella todos los dolores intestinos y profundos contra los que siempre es muy difícil combatir: ¿En realidad serían malas madres por no estar con sus niños 24 horas al día? ¿Sus hijos crecerían traumatizados ante la ausencia de mamá por unas cuantas horas al día? ¿Sus esposos tendrían derecho a dejarlas por ser mujeres profesionales?¿Deberían escoger entre familia y matrimonio, como lo hacían las demás señoras?¿No era posible integrar ambos aspectos vitales, como lo hacían sus esposos?

Al no obtener una respuesta sencilla a este dilema social y personal, optaron por intentar una posibilidad intermedia: Ser madres y profesionales. Algo así como unas "súper mujeres", que cumplían con gracia y altivez con los más mínimos requerimientos familiares, - para que esposos e hijos no tuvieran razón alguna para juzgarlas-, y excelentes profesionales, - para que jefes y compañeros no las descalificaran -, por llevar consigo una familia a costas y miles de responsabilidades adicionales. Con los años, finalmente lograron demostrar lo fuertes que habían sido en sortear toda clase de impedimentos sociales y familiares, para cumplir con sus propósitos.

No obstante, a pesar del reconocimiento que colegas y amigos les profesaban, los ascensos eran asignados a otros profesionales, a veces menos comprometidos, pero siempre varones. En una charla que tuvieron al respecto con varios compañeros de trabajo, la respuesta a esta situación fue contundente: "Por favor señoras, desde la fundación de esta prestigiosa entidad, ¿Cuándo han visto ustedes que la Directora General sea una mujer? Eso no es parte de la tradición de esta empresa, y no creo que lo sea, en el corto plazo, ¡estoy seguro!." Adarado el punto... no quedaba más que darse por bien servidas con los logros alcanzados.

Julián, un subalterno muy joven, progresista y educado, insistía en el ascenso de Gloria, a la Dirección General de su entidad, porque conocía sus capacidades. Por eso, para él fue un placer comentarle a su jefa, que en la Corte Constitucional estaba en revisión una ley estatutaria relacionada con el acceso de las mujeres a los cargos directivos más altos del Estado, que obligaba a nombrar cierto número de mujeres en esos puestos de máxima responsabilidad.

Un sentimiento doble se generó al interior de Gloria con la noticia: Por un lado, le parecía perfecto que por fin se reconociera que las mujeres podían ocupar los más altos cargos directivos; pero por otro, le mortificaba que de ser ella la escogida en el próximo nombramiento, se dijera que había llegado a ese peldaño debido a la ley, y no a su talento tan arduamente cultivado durante tantos años de trabajo. Sabía que tal vez por un prejuicio era posible que no fuera nombrada nunca en la Dirección General; pero también le irritaba que la ley

reconociera el acceso de las mujeres a esos cargos, por considerarlas un grupo social necesitado de especial protección, como si fueran desvalidas o discapacitadas. ¡Vaya que era difícil saber cómo sentirse frente a esa ley!, sobre todo después de tantos años demostrando... que la idea de que las mujeres eran incapaces, era puro cuento.

¿Qué hizo?

Gloria, intrigada por lo que Julián le había comentado, quiso informarse más y saber exactamente que decía la ley, para poder correr y explicarle los detalles a Alicia. Se enteró, por ejemplo, que el trámite de esa ley era el de una ley estatutaria, porque versaba sobre el derecho fundamental a la igualdad, en la medida en que quería crear condiciones materiales que permitieran hacer de la igualdad un hecho real y efectivo, en beneficio de un grupo (las mujeres), tradicionalmente discriminado en materia de acceso a los más altos cargos de la administración pública.

Los principales artículos de la ley decían lo siguiente⁶:

Proyecto de ley 158 de 1998 Cámara, 062 de 1998, Senado

por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.

**El Congreso de Colombia
DECRETA:**

Artículo 1°. Finalidad. La presente ley crea los mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público (...)

Artículo 2°. Concepto de máximo nivel decisorio. (...) entiéndase como "máximo nivel decisorio", el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las

⁶ Se transcriben parcialmente los artículos del proyecto de ley original que están analizados en la sentencia C-371 de 2000.

entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

Artículo 3°. Concepto de otros niveles decisorios. (...) los que correspondan a cargos de libre nombramiento y remoción, de la Rama Ejecutiva, del personal administrativo de la Rama Legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la Rama Judicial.

Artículo 4°. Participación efectiva de la mujer. (...)

a) A partir del primero (1°) de septiembre de 1999, mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2°, serán desempeñados por mujeres;

b) A partir del primero (1°) de septiembre de 1999, mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3°, serán desempeñados por mujeres.

Parágrafo. El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, (...).

Artículo 5°. Excepción. Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplica a los cargos pertenecientes a la carrera administrativa, judicial u otras carreras especiales, en las que el ingreso, permanencia y ascenso se basan exclusivamente en el mérito, sin perjuicio de lo establecido al respecto en el artículo séptimo de esta ley.

Tampoco se aplica a la provisión de los cargos de elección y a los que se proveen por el sistema de temas o listas, los cuales se gobiernan por el artículo 6° de esta ley

Artículo 8°. Información sobre oportunidades de trabajo. El Departamento Administrativo de la Función Pública, enviará a las Instituciones de Educación Superior información sobre los cargos a proveer en la Administración Pública y los requisitos exigidos para desempeñarlos. (...)

Parágrafo. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta, sancionada con la destitución o la pérdida del empleo, de acuerdo con el régimen disciplinario vigente.

Artículo 9°. Promoción de la participación femenina en el sector privado. La Presidencia de la República, en cabeza de la Dirección nacional para la equidad de la mujer, el Ministerio de Educación Nacional, los gobernadores, alcaldes y demás autoridades del orden nacional, departamental, regional, provincial, municipal y distrital, desarrollarán medidas tendientes a promover la participación de las mujeres en todas las instancias de decisión de la sociedad civil.

Artículo 10. Instrumentos básicos del plan nacional de promoción y estímulo a la mujer. (...)

Artículo 11. Planes regionales de promoción y estímulo a la mujer. Los gobernadores y alcaldes prepararán planes departamentales, municipales y distritales de promoción y estímulo a la mujer, que deberán ser presentados ante la corporación administrativa de elección popular correspondiente, a fin de obtener su aprobación. (...)

Artículo 13. Representación en el exterior. El Gobierno y el Congreso de la República, deberán incluir mujeres en las delegaciones de colombianos que en comisiones oficiales atiendan conferencias diplomáticas, reuniones, foros internacionales, comités de expertos y eventos de naturaleza similar. Así mismo asegurarán la participación de mujeres en los cursos y seminarios de capacitación que se ofrezcan en el exterior a los servidores públicos colombianos en las diferentes áreas.

Parágrafo. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.

Artículo 15. Igualdad de remuneración. El gobierno, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Departamento Administrativo de la Función Pública y demás autoridades vigilarán el cumplimiento de la legislación que establece igualdad de condiciones laborales, con especial cuidado a que se haga efectivo el principio de igual remuneración para trabajo igual. (...)

Gloria definitivamente quería opinar sobre esa ley. Como mujer, conocedora por experiencia propia de las situaciones que se presentaban en el país al respecto, decidió enviar un escrito a la Corte Constitucional y participar en el debate jurídico que se estaba dando. Alicia, al conocer el texto, estaba radiante. ¡Le parecía perfecto!; por ende, escribió también una opinión bastante estructurada sobre el tema, para abogar por la ley que se pensaba expedir a favor de las mujeres por el Congreso.

¿Quién les ayudó?

Gloria y Alicia se arriesgaron a presentar, en un escrito sencillo, sus opiniones respecto del tema. Lo hicieron solas, sin requisito alguno, porque como ciudadanas, sabían que podían participar en las decisiones que las afectaban, acorde con la Constitución. Por eso, en este caso, pudieron exponer sus opiniones ante la Corte Constitucional.

Pedro, un compañero de oficina, indignado con la "dichosa" ley, temía que Gloria pudiera ser la elegida en el próximo nombramiento que estaba en ciernes, no sólo por sus capacidades, sino porque sin duda, la

ley la favorecería. Por ende, decidió participar también en el debate jurídico sobre la ley estatutaria, precisando las razones de su inconformidad con el trasfondo de la ley.

Estos fueron los principales argumentos presentados por Gloria, Alicia y Pedro a la Corte Constitucional:

Pedro: Las normas de la ley estatutaria, desconocen el derecho a la igualdad y al trabajo "de varones y homosexuales", pues anulan para ellos la posibilidad de acceder al 30% de los cargos de mayor jerarquía y de dirección en la administración pública. La inconstitucionalidad de tales disposiciones es evidente, si se tiene en cuenta que la Constitución prohíbe establecer diferenciaciones en razón del sexo. Si se aceptara que hay argumentos suficientes para establecer un trato desigual entre varones y mujeres, para fortalecer las condiciones de éstas últimas en la sociedad, las limitaciones al derecho a la igualdad de los varones que introducen las normas acusadas, en todo caso resultan irrazonables.

En efecto, para Pedro, si bien las disposiciones son adecuadas⁷ para el logro de una mayor participación laboral de la mujer, no se ve que sean necesarias ni proporcionales pues limitan exageradamente los derechos de los hombres. No son necesarias, porque es posible estimular la participación laboral de la mujer mediante otros mecanismos menos gravosos, para el género contrario, como serían las políticas de empleo que se proponen. La falta de proporcionalidad de las normas también es evidente, ya que para promover la participación de la mujer, se desconocen los derechos a la igualdad y al trabajo de personas que pueden gozar de mayores méritos "laborales e intelectuales", lo que va en contra también del principio de eficiencia de la función pública.

Alicia: Para Alicia, teniendo en cuenta la baja participación de la mujer en los más altos niveles decisorios de la Administración, un proyecto de ley como el presentado es muy importante. Basta observar la casi insignificante presencia femenina en los altos cargos de las tres ramas del poder público y en algunos organismos de control. Claro está, que la necesidad de promover la participación femenina en las

⁷ El fin que se persigue es acorde a la Constitución.

instancias de decisión y de mayor jerarquía en el sector público, no puede comportar el desconocimiento de los requisitos y obligaciones propios de la función pública. Por eso, ella aclara que tratándose del desempeño de funciones en las altas esferas del poder, la idoneidad de quien resulte elegido es indispensable. Por fortuna, en opinión de Alicia, el país cuenta ya con mujeres preparadas en todos los ramos, para asumir las exigencias de la ley. Así mismo, la cuota mínima del 30% de participación femenina que se establece en el artículo 4º, es sin duda razonable, ya que tal porcentaje no comporta discriminación contra los varones, porque histórica y culturalmente ellos se encuentran en condiciones más favorables, y adicionalmente el 30% es un porcentaje recomendado por las Naciones Unidas para superar la discriminación laboral contra la mujer.

Gloria: Para Gloria, si bien es cierto que en el sector público la participación femenina es menor en los cargos de dirección, este hecho no es producto de la discriminación, sino de la decisión personal de algunas mujeres de no asumir los enormes sacrificios que el trabajo comporta, como son la necesidad de capacitación y permanente actualización en conocimientos, los horarios extendidos, el desgaste físico, y la estricta administración del tiempo que permita armonizar necesidades familiares con aspiraciones profesionales.

Para Gloria, entonces, la ley estatutaria, envía y promueve un mensaje de asistencialismo que la mujer no necesita. En su opinión: "Las mujeres que hemos tomado la decisión de vincularnos a la fuerza laboral hemos logrado hacerlo superando fuertes condicionamientos de tipo cultural, más que actos de discriminación. Las normas propuestas proponen un mensaje de invalidez, discriminación y debilidad que es precisamente lo que ha pesado en las mujeres culturalmente por muchos años y que es la causa principal de que muchas mujeres capacitadas y aptas para ingresar a la fuerza laboral no quieran asumir los costos de ese compromiso".⁸

⁸ Ver sentencia C-371 de 2000. Intervención ciudadana. Como se dijo inicialmente los hechos que se registran en este caso son ficticios. El aparte que se cita es tomado de una de las intervenciones ciudadanas que se presentaron en la sentencia, pero el nombre del interviniente no corresponde a los personajes de este caso, que como se dijo son nombres ficticios.

¿Qué decidió la Corte Constitucional?

Lo primero que hizo la Corte Constitucional para valorar estas normas y determinar si eran constitucionales o no, fue analizar el tema de las **acciones afirmativas**, que son medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, y así lograr que un grupo tradicionalmente sub-representado, tengan una mayor participación social. Son acciones afirmativas, por ejemplo, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos, y el apoyo económico a pequeños productores, entre otras. También son consideradas como acciones de ese tipo ciertas medidas de **discriminación inversa o positiva**, que se toman: 1) en consideración de aspectos como el sexo o la raza, que son **criterios sospechosos o potencialmente prohibidos** ; o 2) frente a situaciones de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que conlleva como contrapartida una restricción a derechos de otras personas.

¿Pero, son válidas estas acciones a pesar de la existencia de la premisa de igualdad de todas la personas ante la ley? Pues sí, porque la igualdad formal, reconocida por el artículo 13 de la Constitución, supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento ante la ley. Sin embargo, ello no es óbice para que pueda darse un tratamiento distinto entre personas, si ese tratamiento se encuentra justificado con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad, en atención a que la igualdad formal ha sido interpretada según la regla que indica que hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. Ahora bien, el artículo 13 de la Constitución reconoce así mismo que, el "Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados". Este inciso, alude a la dimensión sustancial de la igualdad y al compromiso Estatal de remover los obstáculos que, en el plano económico y social, configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados

en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos⁹. Si bien, en principio estas medidas pueden generar una desigualdad, ella se produce como medio para conseguir el fin de una sociedad más equitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo ¹⁰.

Las acciones afirmativas, en opinión de la Corte Constitucional, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría *sospechosa*, no para marginar a ciertas personas o grupos, ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos, en posiciones desfavorables.¹¹

En todo caso, si bien la Constitución autoriza las medidas de discriminación inversa, se debe dejar en claro que: 1) la validez de estas medidas depende de la real existencia de circunstancias discriminatorias; 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional. En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva" pierden su razón de ser.

Al analizar estos aspectos, mediante una reflexión histórica de las conquistas femeninas a lo largo del siglo pasado y de los resultados estadísticos de las condiciones actuales de la mujer en Colombia, la Corte Constitucional conduyó que efectivamente ese grupo poblacional, las mujeres, ha sufrido históricamente situaciones de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Así, aunque la igualdad formal entre los sexos se haya incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ Nota: Así, la desigualdad temporal, en últimas, es una herramienta para asegurar una igualdad real a largo plazo.

¹¹ La sentencia C-371 de 2000 ilustra el problema con base en el siguiente ejemplo: Mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de *discriminación inversa* un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer o por ser negro.

colombiano¹², lo cierto es que la igualdad real todavía continúa siendo una meta. De hecho, la precaria representación de la mujer en ámbitos de dirección, obedece a un criterio irracional de discriminación, más que a supuestos factores de inferioridad natural o de formación cultural y académica, y por ende es necesario remover los obstáculos presentes que impiden la participación de la mujer en igualdad de condiciones en la sociedad.

Recordemos que:

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, expresamente autorizadas por la Constitución (Art. 13) y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría *sospechosa*, no para marginar a ciertas personas o grupos, ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos, en posiciones desfavorables.

¿En qué terminó todo?

La Corte Constitucional estimó que la finalidad que enmarca todo el proyecto de ley se ajusta a la Constitución, y es un desarrollo cabal de expresos mandatos contenidos en ella; particularmente una concreción de los artículos 1, 2, 13, 40 y 43 de ese Estatuto Superior. Queda claro, entonces, que con el propósito de la ley no sólo no vulnera la prohibición contenida en el artículo 13 de la Carta de establecer discriminaciones en razón del sexo sino que, por el contrario, pretende eliminar la discriminación cultural y social que hoy existe en perjuicio de las mujeres.

¹² Al reconocimiento jurídico que se le ha dado a la igualdad jurídica de la mujer con el paso de los años, también se unió Constitución de 1991, que reconoció expresamente que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. Además, la Carta del 1991 estableció en el último inciso del artículo 40, que las autoridades deben garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública, de manera tal que la misma Constitución es la que propugna por corregir cualquier inequidad derivada de factores discriminatorios expresamente proscritos en esa misma disposición.

Por ende, la Corte Constitucional declaró exequible el proyecto de ley estatutaria No. 62/98 Senado y 158/98 Cámara salvo algunos apartes muy concretos que en nada afectan la filosofía que lo inspira.

¿Qué mecanismo se utilizó?

El Congreso, para eliminar una discriminación histórica en contra de la mujer en los puestos de mayor jerarquía de las tres ramas del poder público y asegurar su participación efectiva en la sociedad, tramitó y aprobó un proyecto de ley estatutaria que consagraba normas en que aseguraban una cuota mínima de participación de las mujeres en esos cargos de dirección. Esa ley, que podríamos llamar de "cuotas" es, en la práctica, una acción afirmativa, que pretende superar la discriminación de la mujer y asegurar en el mediano plazo, su igualdad real y efectiva.

Preguntémonos...

- ❖ ¿Qué es una acción afirmativa?**
- ❖ ¿Por qué las acciones afirmativas son válidas constitucionalmente?**
- ❖ ¿La finalidad que pretendía el Congreso con la expedición de la norma fue avalada por la Corte Constitucional?**
- ❖ ¿Qué entiende usted por igualdad material?**
- ❖ ¿Qué entiende usted por igualdad formal?**
- ❖ ¿Qué hubiera ocurrido si la ley fuera innecesaria y desproporcionada?**
- ❖ ¿Qué quiso decir la Corte Constitucional cuando declaró algunas normas exequibles y otras inexecutable? ¿Qué efectos tienen esas declaratorias?**

DERECHO A LA PROTECCION ESPECIAL PARA PERSONAS CON LIMITACIONES FISICAS / NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD

¡LA PASIÓN DEL FÚTBOL ES EL GOL!

¿Qué pasó?

Gabriel, fue desde chico un gran aficionado al fútbol. Jugaba en equipos universitarios con sus compañeros de estudio e iba por lo menos dos veces al mes al estadio a ver los clásicos y cantar los goles de su equipo favorito. Recientemente, sin embargo, Gabriel tuvo un accidente que limitó la movilidad de sus piernas, por lo que su afición se concentró en ir a ver los partidos al estadio en su silla de ruedas, para no perderse ni uno sólo de los encuentros que le recordaban su épocas de goleador. Hace seis meses, el ingreso al estadio "Loyola Márquez" para las personas discapacitadas, era por la puerta de maratón, de manera tal que con su silla de ruedas quedaban ubicados sobre la pista atlética, lo que les permitía un fácil acceso y una gran movilidad. Sin embargo, hace poco, las autoridades del estadio decidieron reubicarlo a él y a otros compañeros discapacitados, en las graderías del estadio, parte sur, zona que no cuenta con las condiciones necesarias para facilitar la movilidad de las personas que tienen limitaciones físicas. En opinión de Gabriel, esta actitud de las directivas del Estadio, discrimina a las personas con limitaciones físicas respecto de otras personas, ya que se les obliga a ubicarse en un sitio donde no sólo es más difícil el acceso y más penoso el ascenso y la llegada, sino donde sus vidas corren peligro en caso de alguna evacuación, ya que se encuentran cerca de la puertas de emergencia donde pueden obstruir el paso de otras personas en caso de alguna conflagración. Para hacerle entender esta realidad a las directivas deportivas, Gabriel y sus otros amigos de afición, han escrito varias cartas y presentado derechos de petición que nunca han sido contestados por las directivas del estadio. El administrador verbalmente les han dicho que es imposible que los vuelvan a ubicar en la pista atlética porque no se permiten particulares en ese lugar, pero esa excusa a juicio de Gabriel contradice la realidad, en la

medida en que a las bastoneras sí se les permite permanecer en la pista atlética, sin ninguna excepción.

¿Qué hizo?

En vista de que no obtenía respuesta alguna a su inquietud por parte de las directivas deportivas, Gabriel decidió interponer una acción de tutela por violación de su derecho a la igualdad.

¿Quién le ayudó?

Gabriel acudió a la Defensoría del Pueblo de su ciudad natal, con el fin de que lo asesoraran en los pasos que debería dar para presentar la tutela y le informaran además, si era pertinente o no esa vía jurídica para obtener una solución. Cuando Gabriel le contó la situación a la asesora que lo atendió, ésta le comentó que a su juicio la decisión de las directivas del estadio podría constituir una vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la protección especial de los limitados físicos y el derecho de petición de los ciudadanos. De hecho, al Estado le corresponde promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13). En ese orden de ideas, si a otros particulares en perfectas condiciones físicas (bastoneras) se les permite su ubicación en la pista atlética, no existe razón alguna para discriminar a los limitados físicos, más aún cuando la Carta Política les garantiza una protección especial por parte del Estado.

¿Qué le respondieron?

Una vez llegó el caso a la Corte Constitucional¹³, ésta entidad concluyó, que el Estado está en la obligación de adoptar medidas especiales a

¹³ En la acción de tutela, los jueces que pueden conocer los casos, son de diferente jerarquía. Existe un juez, - denominado de primera instancia - , a quien se dirigió inicialmente la acción de tutela y quien tiene la obligación de fallar el caso de manera inicial. Si la decisión tomada por este primer juez no responde a nuestras expectativas o no parece ajustada a nuestro requerimientos, la decisión se puede impugnar, y entonces el caso asciende a un juez de superior jerarquía, quien tiene la posibilidad de tomar una decisión

favor de los grupos segregados o discriminados, por expreso mandato constitucional. El derecho de las personas discapacitadas al uso de la pista atlética se deriva de su derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso a la recreación y aprovechamiento del tiempo libre.

Puede constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. También, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho por su condición, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad. La discriminación, en su doble concepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable. De hecho, en el caso concreto, el traslado de los discapacitados a la tribuna sur se presenta como una medida inútil e inapropiada para brindar seguridad a todos los participantes. Ella no reporta una mayor seguridad para nadie. Por el contrario, aumenta los riesgos para un sector específico de los participantes, llamado precisamente a recibir un trato especial. Además tampoco se encuentra demostrado que el traslado sea necesario o indispensable. La decisión de las directivas por el contrario, es notoriamente desproporcionada respecto del fin buscado. Precisamente porque se somete a este grupo humano a unos riesgos que no se daban en la pista atlética, ello constituye una violación del derecho a la igualdad de oportunidades, ya que con ellas se discrimina, sin justificación objetiva y razonable, a los peticionarios respecto de los demás espectadores cuando se les somete a mayores esfuerzos y riesgos para acceder al goce de un derecho constitucional.

final. La Corte Constitucional, en todo caso, puede revisar algunos fallos de tutela y considerar que los pronunciamientos de los jueces anteriores pueden ser modificados o ratificados para sentar una posición doctrinal. De ser ese el caso la Corte Constitucional, mediante sentencia, fijará una posición final al caso concreto.

¿En qué terminó todo?

En el caso concreto la Corte Constitucional ordenó que se le permitiera a Gabriel y a sus amigos discapacitados, ser ubicados en la pista atlética para ver los partidos de fútbol.

¿Qué mecanismo se utilizó?

Para lograr la protección del derecho constitucional a la igualdad se puede hacer uso del mecanismo de la acción de tutela.

Recordemos que:

La discriminación, en su doble concepto de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.

Preguntémonos...

- ❖ ¿Por qué el Estado debe proteger a sus discapacitados y garantizarles el derecho a la igualdad real?
- ❖ ¿Puede haber regulaciones válidas que introduzcan diferencias entre personas ? ¿En qué casos y con qué propósito?
- ❖ ¿Frente a qué otras condiciones humanas no está permitida la discriminación?

MULTICULTURALISMO: DERECHO A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL. ACCIÓN DE TUTELA

■ MILENARIOS DEL TIEMPO PERDIDO VS. NUKAK-MAKÚ

¿Qué pasó?

Desde tiempos inmemoriales¹⁴ entre los ríos Guaviare y el Inírida en la Amazonia colombiana habita un pueblo indígena de cazadores-recolectores, dedicados a la pesca, la caza y la recolección de productos silvestres: los "Nukak-Maku"; un grupo poblacional único en el mundo, caracterizado por una vida nómada, en donde el mito, el ritual, el canto la música, la danza, y la medicina tradicional hacen parte de las expresiones propias de su mundo espiritual.

Recientemente, un grupo de religiosos de la congregación Milenarios del Tiempo Perdido establecieron una pista de aterrizaje y viviendas permanentes en el territorio Nukak-Maku, a fin de desarrollar con los indígenas un trabajo de atención en salud, educación y proselitismo religioso que permita convertir a los Nukak en fieles seguidores de los Milenarios. Como consecuencia de la intervención de esta congregación en las costumbres de la comunidad Nukak, los indígenas están abandonando las características nómadas propias de su cultura para volverse sedentarios, e incluso recientemente han empezado a restarle el valor a sus creencias religiosas. El cambio y la relajación de sus costumbres han favorecido la aparición de enfermedades que no les eran propias y que pueden poner en peligro a la comunidad. Algunos miembros de la comunidad Nukak, temen profundamente que los Milenarios logren claramente sus propósitos y terminen por hacerles desaparecer como grupo humano y como comunidad de vida en el concierto multicultural nacional. De ahí que recientemente se hayan reunido para ver qué pueden hacer a fin de evitar el desastre de permitir que las cosas bellas de los Nukak se pierdan para siempre, ante la intervención intensiva y directa de los Milenarios del Tiempo Perdido en la región.

¹⁴ Este caso contiene algunos elementos de ficción, para facilitar la comprensión del lector. Sin embargo, está inspirado en la sentencia T-342 de 1994 de la Corte Constitucional.

¿Qué hicieron?

Los miembros de la comunidad, habían escuchado que la acción de tutela era un mecanismo para la protección de derechos fundamentales, que permitía que las autoridades actuaran de una manera rápida ante el desconocimiento de tales derechos. Como la violación de los mismos en la comunidad indígena por parte de los Milenarios del Tiempo Perdido les parecía tan evidente, decidieron presentar la acción de tutela, solicitando que se protegieran los derechos de los indígenas Nukak a la diversidad étnica y cultural y sus derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo, libertad de conciencia y de cultos, libertad de opinión y derechos de los niños. Para ellos, las autoridades judiciales deberían ordenar a los Milenarios, cesar las actividades en salud, educación y religión que utilizan como gancho para atraer a los Nukak, y abandonar su cultura y territorio.

¿Quién les ayudó?

Como los miembros de la comunidad no conocían de textos legales, comparecieron directamente a uno de los juzgados de la localidad, a ver si les recibían la tutela sin presentar escrito alguno. Los funcionarios del juzgado, se portaron responsable y diligentemente y recepcionaron la declaración, sin complicación alguna.

¿Qué les respondieron?

La acción de tutela llegó hasta la Corte Constitucional¹⁵, que se pronunció sobre el conflicto entre Milenarios y Nukak- Makú, indicando que la diversidad étnica y cultural de la población indígena es un derecho constitucional, que puede y debe ser

¹⁵ En la acción de tutela, los jueces que pueden conocer los casos, son de diferente jerarquía. Existe un juez, - denominado de primera instancia - , a quien se dirigió inicialmente la acción de tutela y quien tiene la obligación de fallar el caso de manera inicial. Si la decisión tomada por este primer juez no responde a nuestras expectativas o no parece ajustada a nuestro requerimientos, la decisión se puede impugnar, y entonces el caso asciende a un juez de superior jerarquía, quien tiene la posibilidad de tomar una decisión final. La Corte Constitucional, en todo caso, puede revisar algunos fallos de tutela y considerar que los pronunciamientos de los jueces anteriores pueden ser modificados o ratificados para sentar una posición doctrinal. De ser ese el caso la Corte Constitucional, mediante sentencia, fijará una posición final al caso concreto.

protegido integralmente por parte del Estado. Por lo tanto, cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que implique violación o amenaza a la diversidad étnica y cultural de los Nukak- Maku, debe ser reprimida, en la medida en que implica también la trasgresión o amenaza no sólo de los derechos culturales de una comunidad, sino de otros derechos fundamentales, como la igualdad, la libertad, la autonomía, la salud y la educación del mencionado pueblo indígena. No obstante, la preservación de la identidad cultural de una etnia no puede servir de pretexto al Estado para abandonarla a su propia suerte si su situación material resulta incompatible con las mínimas condiciones que exige la protección de la dignidad humana. El Estado debe asegurar a favor de los Nukak condiciones económicas y sociales que garanticen su verdadera igualdad frente a otros grupos humanos. Ahora bien, las acciones de los Milenarios dirigidas a donarles objetos a los Nukak e incentivarlos a cultivar y romper sus tradiciones nómadas, no violan necesariamente los derechos de la comunidad, porque la misma está compuesta por hombres libres y racionales, que pueden escoger lo más conveniente para su subsistencia y su desarrollo personal de manera autónoma. Sin embargo, teniendo en cuenta que los Milenarios son quienes monopolizan la administración de los servicios de salud a los Nukak, y saben su lengua, se teme que su influencia en materias ideológicas y religiosas sea muy fuerte, al punto de perturbar realmente la identidad del pueblo indígena. La libertad de profesar y difundir libremente una religión, como en el caso de "Milenarios del Tiempo Perdido", no incluye la idea de que a través de la fuerza o de otros medios censurables o ilegítimos se pretenda afectar religiosa o culturalmente a una comunidad. Como los Nukak no se encuentran en condiciones jurídicas que les permitan neutralizar los efectos de los Milenarios, la Corte decidió proteger la diversidad étnica y cultural propia de esa comunidad y solicitarle a los Milenarios alejarse de su territorio y cesar su intervención ideológica sobre esa población.

¿En qué terminó todo?

La Corte Constitucional concluyó que en este caso existía una amenaza concreta de violación de los derechos fundamentales del pueblo indígena "Nukak- Maku" a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a las libertades de conciencia y de cultos y principalmente a sus derechos culturales, - que tienen el carácter de fundamentales-, en cuanto constituyen el soporte que cohesiona a la comunidad indígena como grupo social. En consecuencia, se ordenó el retiro de los Milenarios del tiempo perdido del territorio Nukak Maku, y se ordenó la verificación de condiciones que garanticen el seguimiento de esa decisión y de mecanismos que permitan el acceso de los Nukak Maku al servicio público de salud en condiciones de igualdad.

¿Qué mecanismo se utilizó?

Se utilizó el mecanismo de la acción de tutela, para lograr el respeto a la diversidad étnica y cultural de una comunidad indígena.

Recordemos que:

Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto por la dignidad humana y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Art. 2º, C.P).

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana. (Art. 7. C.P.) y es una obligación del Estado y de las personas, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Preguntémonos...

- ❖ **¿Qué es la Diversidad étnica y cultural?**
- ❖ **¿Por qué un Estado social y democrático de derecho debe proteger los derechos de los pueblos indígenas?**
- ❖ **¿Qué pasa con el derecho a la libertad religiosa y de cultos de los Milenarios? ¿Por qué se protegió preferentemente el derecho del pueblo indígena?**

DERECHO A LA IGUALDAD DE COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

¡PARTICIPACIÓN Y MOVIMIENTO CIMARRÓN!

¿Qué pasó?

El Alcalde Mayor de Santa Marta¹⁶ y el Director de Servicio Educativo de ese municipio, decidieron determinar la composición de la Junta Distrital de Educación que exige la Ley 115 de 1994. Para ello, el Alcalde profirió una resolución, que señaló como integrantes de esa junta, a las siguientes personas:

- 1. El Alcalde Mayor del Distrito.**
- 2. El Director del Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital.**
- 3. El Secretario de Hacienda Distrital o su delegado.**
- 4. El Director de la Oficina de Planeación Distrital o del organismo que haga sus veces.**
- 5. El Representante del Ministerio de Educación Nacional.**
- 6. Dos (2) Representantes de los Educadores designados por la organización sindical de educadores que acredite el mayor número de afiliados en el municipio.**
- 7. Un (1) Representante de las Instituciones Educativas Privadas designado por la asociación que acredite el mayor número de afiliados en el municipio.**
- 8. Un (1) Representante de los directivos Docentes del Distrito, designado por la organización de los directivos que acredite el mayor número de afiliados, en el municipio.**
- 9. Un (1) Representante del sector productivo.**
- 10. Un (1) Representante de las Comunidades Negras, si las hubiere, escogido por las respectivas organizaciones.**
- 11. Un (1) Representante de las Comunidades Indígenas, escogido por las respectivas organizaciones”.**

¹⁶ Este es un caso ficticio, inspirado en la sentencia T-422 de 1996 de la Corte Constitucional.

Varela, miembro de la "Comunidad de Cimarrones de Santa Marta" mediante petición escrita, se postuló a la Junta Distrital de Educación, como representante de las comunidades afrocolombianas. Pasados más de 15 días sin recibir una respuesta de la Dirección del Departamento Administrativo de Educación Distrital, Varela intentó nuevamente presentar otra petición, informando, que en el evento en que no se hubiese escogido a un miembro de la comunidad negra para integrar la Junta, él estaba interesado en formar parte de ella como representante de la misma. Esta última solicitud tampoco fue contestada oportunamente por esa Dirección, por lo que Varela presentó queja ante el Defensor del Pueblo regional, a fin de que se le llamara la atención a esa Dirección, sobre la demora injustificada en responder su solicitud.

Un tiempo después, el Director del Departamento Educativo Distrital de Santa Marta le informó a Varela mediante un comunicado, que la respuesta a su solicitud era negativa, por las siguientes razones:

"Analizada como fue por esta Oficina la Ley 115 de 1994, entendemos que en dichas juntas deben participar, representantes de las comunidades negras o raizales, de las comunidades indígenas o campesinas, si las hubiere, de conformidad con los textos de la propia Ley, de los cuales se colige que esta representación depende de las características raciales o étnicas y de las comunidades que identifican cada sector o entidad territorial. Que se sepa, en la ciudad de Santa Marta no existen grupos raciales de características negras, de tal manera que se hace injusta la Ley, cuando en la Junta Distrital de Educación no tiene asiento un representante de las comunidades indígenas o campesinas, siendo que por ser un hecho histórico mundialmente conocido, en la ciudad de Santa Marta tienen asiento grupos indígenas desde antes del siglo. Por tal razón, en el acto de creación de la Junta Distrital de Educación se le dio preferencia al representante de las comunidades indígenas, teniendo en cuenta que no se tienen antecedentes históricos de que en Santa Marta tengan asiento comunidades negras".

Para Varela, desconocer la existencia de las comunidades negras en Santa Marta, era más que sorprendente. ¿Era posible que esa Dirección nunca las hubiera visto? Esta actitud de la Dirección Educativa le pareció

especialmente discriminatoria, así que decidió solicitar al Personero del Distrito, certificar si, a su juicio, existían o no comunidades negras en Santa Marta. El Personero le expuso a Varela, lo siguiente:

“En respuesta a su oficio, y mediante visitas realizadas por esta Personería Delegada a los diferentes sectores de este Distrito, hemos podido observar la existencia de comunidades compuesta en su gran mayoría por personas de la raza negra, especialmente en los barrios de Cristo Rey y la Paz, comunidades estas que se dedican a las actividades de ventas ambulantes especialmente la venta de alegría y dulces por las calles del sector turístico, elaboración de trencitas a los turistas que visitan nuestras playas y al empleo doméstico en muchos hogares samarios. Dichas comunidades están formadas por inmigrantes de los departamentos de Bolívar y Chocó. También es de reseñar la existencia de pequeños grupos de esta raza en el barrio San Martín y sectores aledaños”.

Ante la claridad de las afirmaciones del personero y todavía sin salir de su asombro, Varela no podría creer que el Distrito hubiese desconocido el derecho de las comunidades negras a su representación en las decisiones de la Junta Educativa Distrital. Preocupado, porque la Junta tiene una misión orientadora fundamental en materia de educación, Varela no sabía que hacer ante esta discriminación. Si usted fuera miembro de una comunidad afrocolombiana, y le dieran las anteriores respuestas a sus inquietudes, ¿que haría para que le permitieran participar en las decisiones que afectan a su comunidad? ¿Que haría para contrarrestar además la discriminación, si la hubiere?

¿Qué hizo?

Pues Varela lo pensó con detenimiento y consideró que lo mejor que podía hacer era interponer una acción de tutela por violación del derecho a la igualdad y a la participación de su comunidad. Así, en su escrito de tutela, Varela manifestó que esa Dirección de Educación Distrital no era un organismo que pudiera dar opiniones válidas sobre la existencia o no de comunidades negras en el Distrito, porque eso le competía a otros organismos del Estado. De hecho Varela estimó que la decisión de esa Dirección de excluir a las comunidades negras,

desconoció claramente el espíritu pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, y el carácter participativo que tanto la Constitución como la Ley 70 de 1993, han reconocido al determinar los derechos de las comunidades negras.

Varela estimó violados, entonces, el derecho a la igualdad de la comunidad negra, al desconocer su existencia frente a otros grupos, y el derecho de su comunidad al acceso a todos los espacios y cargos estatales. Igualmente consideró violados los derechos a la libertad de conciencia y el derecho a la asociación por parte de la Dirección de Educación Distrital, al desconocer la existencia del Movimiento Nacional Cimarrón que él representa.

¿Quién le ayudó?

El personero distrital, que conforme a la certificación expedida reconoció la existencia de comunidades afrocolombianas en la zona, lo apoyó y lo asesoró, para que supiera cómo debía interponer la acción de tutela y en qué tiempo podía obtener una respuesta pronta de los jueces sobre su inquietud.

¿Qué le respondieron?

Los primeros jueces que conocieron de la acción de tutela de Varela la negaron por considerar que el concepto de “comunidad negra” no involucraba a los miembros aislados de la raza negra que conviven en diversos sectores de la ciudad y que han sido integralmente asimilados por la cultura mestiza dominante, sino grupos poblacionales en condiciones muy específicas. A su turno, la Corte Constitucional, al estudiar el caso, reconoció que en materia de raza y de igualdad, debe hacerse una distinción entre las medidas de diferenciación positiva generada por el artículo 55 transitorio de la Constitución y que llevaron a la expedición de la ley 70 de 1993¹⁷, de las demás medidas que

¹⁷ Ley 70 de 1993. De hecho, la Ley 70 de 1993, es una ley que concede derechos especiales a las comunidades negras, y define tanto el concepto de “comunidad” como el de “ocupación colectiva” .Es una comunidad negra el “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones dentro de la relación campo-poblado y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos” (art. 2-5). La ocupación colectiva acorde

eventualmente se puedan tomar hacia el futuro a favor de grupos poblacionales discriminados. En estos casos la acción afirmativa correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población afrocolombiana y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. De ahí que la función de la acción afirmativa, sea la de suprimir barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, sin eliminar - desde luego -, los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad.

A juicio de la Corte, ese es el caso del artículo 160 de la Ley 115 de 1994, que regula la composición y fines de las juntas distritales de educación. Dicha norma introdujo una medida de igualdad material¹⁸, dirigida a favorecer a la comunidad afrocolombiana en general. Las mencionadas juntas, cuyo objeto se relaciona con las metas, planes y políticas educativas, se integran por personas y representantes de diversos sectores, entre ellos “un representante de las comunidades negras, si las hubiere”. Si la ley utiliza el criterio racial que, en principio está proscrito en la Constitución, lo hace con el único propósito de introducir una diferenciación positiva que, a juicio de la Corte, es admisible. La participación de una población, tradicionalmente marginada del poder decisorio real, en el sistema de gobierno de la educación, es definitiva para lograr la cabal integración de la sociedad y el respeto y perpetuación de su valioso aporte cultural. La participación negra en el indicado organismo, estimula la integración social y el pluralismo cultural. A éstos fines cabalmente apunta la ley educativa. La omisión de la administración local frustró la plena operancia de una medida legislativa de diferenciación positiva y, por consiguiente, incurrió en una clara y flagrante violación del artículo 13 de la C.P.

con la ley 70 de 1993, es el asentamiento histórico y “ancestral de comunidades negras en tierras para uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción” (art., 2-6).

¹⁸ Acción afirmativa

¿En qué terminó todo?

Analizadas las circunstancias de la situación planteada, la Corte Constitucional declaró procedente la acción de tutela con el objeto de hacer efectiva, sin dilaciones, la aplicación de esta medida legislativa de diferenciación positiva en favor de un grupo social tradicionalmente marginado. Por lo tanto ordenó a la Dirección de Educación Distrital proceder a hacer la designación del miembro de la comunidad afrocolombiana en la Junta correspondiente.

¿Qué mecanismo se utilizó?

Para lograr la protección del derecho a la igualdad y a la participación de la comunidad negra en la integración de las Juntas educativas distritales, el actor utilizó como mecanismo de protección, la acción de tutela.

Recordemos que:

La acción afirmativa, es una medida de diferenciación positiva que el Legislador puede introducir en el ordenamiento jurídico, con el fin de asegurar a través de la ley, que situaciones de marginación social no se perpetúen. El objetivo de estas medidas es el de permitir que comunidades tradicionalmente débiles, logren materialmente oportunidades reales de desarrollo económico, social y cultural. De ahí que la función de la norma sea la de suprimir barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, sin eliminar - desde luego-, los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad.

Preguntémonos...

- ❖ **¿Por qué es importante el respeto por la igualdad de las comunidades étnicas?**
- ❖ **¿Qué es una acción afirmativa y por qué es importante?**
- ❖ **¿ Por qué, en principio, no se puede hacer diferencia entre personas por razones raciales?**

DERECHO A LA IGUALDAD Y SINDICATOS

“TRABAJADOR Y HOJALETE”

¿Qué pasó¹⁹?

José Joaquín quería iniciar sus compras de navidad de manera anticipada, porque él era partidario del dicho que reza: “Al que madruga, Dios le ayuda”. Para ello, sin embargo, debía recibir unas entradas económicas adicionales, porque como muchos, su salario apenas le daba para el cumplimiento de los gastos propios y los de su casa. Por eso pensó que la planilla de horas extras sería una buena idea para solucionar su situación. En efecto, en esa planilla se pueden registrar los trabajadores que quieren laborar en horas extras durante la semana, para así proceder a hacer los turnos correspondientes en la planta donde José Joaquín trabajaba. Esas horas extras, implican unas bonificaciones extras en el presupuesto, por lo que sin duda constituían una opción importante para él. Sin embargo, a pesar de que durante semanas se registró en la mencionada lista de aspirantes, nunca fue seleccionado para trabajar en los turnos diferentes al horario convencional.

Cuenta José Joaquín que él trabaja para la empresa “El Hojalete” S.A., desde hace muchos años. En 1993, un grupo de trabajadores de esa compañía, creó el sindicato “Sintrahojalete”, del que él es miembro, desde 1993. Para José Joaquín, las razones que han generado que él sea excluido de los turnos de horas extras, se derivan de su vinculación al sindicato desde el año de su creación. Ésta es a su juicio, la razón por la que el empleador lo ha discriminado, teniendo en cuenta que eso nunca ocurría previamente, antes de que convirtiera en un trabajador sindicalizado. Sostiene, además, que hay prácticas generalizadas de discriminación emprendidas por la dirección de la empresa contra todos los trabajadores sindicalizados, y que gracias a ellas aproximadamente unos 96 trabajadores se han desafiliado de “Sintrahojalete”, en el último año. ¿Qué haría usted si fuera José Joaquín?

¹⁹ El presente caso es un caso ficticio, inspirado en la sentencia T-230 de 1994.

¿Qué hizo?

José Joaquín se asesoró de un amigo abogado, que le explicó que en estos casos, a pesar de que sean empresas privadas, estas compañías tienen la obligación, de evitar la discriminación entre empleados por razones derivadas del deseo de un trabajador de pertenecer a un sindicato. El derecho a ser parte de un sindicato es un derecho fundamental del trabajador, que no puede ser perturbado. En consecuencia, instó a José Joaquín a que interpusiera una acción de tutela en contra del "Hojalete S.A".

¿Quién le ayudó?

Solito, José Joaquín, luego de la asesoría de su amigo, redactó el escrito de tutela y lo presentó ante los jueces del distrito.

¿Qué le respondieron?

En primer lugar la Corte Constitucional al conocer de esta acción de tutela²⁰, manifestó que no toda diferencia de trato conduce necesariamente a un juicio de discriminación. Para que el trato sea legítimo, el órgano que introduce la distinción debe demostrar que su proceder se adecua a un propósito establecido en la Constitución o en la ley. De otra parte la Carta indica que si bien es cierto que el artículo 13 de la Constitución se refiere al derecho de todas las personas a la protección y trato igual por parte de las autoridades, las exigencias de efectividad de los derechos (C.P. art. 2) y su protección frente a particulares (C.P. art. 86) constituyen fundamentos suficientes para aceptar la posibilidad de que, en ciertos supuestos, el principio de igualdad tiene carácter obligatorio frente a determinadas relaciones

²⁰ En la acción de tutela, los jueces que pueden conocer los casos, son de diferente jerarquía. Existe un juez, - denominado de primera instancia - , a quien se dirigió inicialmente la acción de tutela y quien tiene la obligación de fallar el caso de manera inicial. Si la decisión tomada por este primer juez no responde a nuestras expectativas o no parece ajustada a nuestros requerimientos, la decisión se puede impugnar, y entonces el caso asciende a un juez de superior jerarquía, quien tiene la posibilidad de tomar una decisión final. La Corte Constitucional, en todo caso, puede revisar algunos fallos de tutela y considerar que los pronunciamientos de los jueces anteriores pueden ser modificados o ratificados para sentar una posición doctrinal. De ser ese el caso la Corte Constitucional, mediante sentencia, fijará una posición final al caso concreto.

privadas. Este punto es importante, porque "Hojalete S.A." es una empresa privada.

El derecho de los trabajadores a fundar sindicatos, es una parte cardinal de la legislación laboral del Estado social. Está consagrado en el artículo 39 de la Carta como un derecho de naturaleza fundamental, de aplicación inmediata y - aunque autónomo e independiente - se deriva del derecho genérico de libertad de asociación del artículo 38 constitucional. El contenido esencial del derecho a fundar sindicatos está delimitado por la libertad de creación, afiliación y retiro de una organización sindical, protegida por los derechos constitucionales consagrados en los artículos 53, 54, 55, 56 y 57 de la Carta. No gozan de esta libertad los miembros de la fuerza pública.

Nadie duda hoy en día que el Estado tiene un interés especial en la protección de las condiciones laborales de los trabajadores. De ahí que se imponga el cumplimiento de unos mínimos legales a favor de los trabajadores, que restringen el ejercicio de la libertad patronal. En ese orden de ideas, las empresas privadas se convierten en mediadoras de esos propósitos nacionales a través de la aplicación de normas consideradas como de orden público, que exigen que el empleador deba velar por el estricto cumplimiento, por ejemplo, del principio de la igualdad –o no discriminación- en la aplicación de las normas laborales.

Se discrimina cuando se hace una distinción infundada de casos semejantes. En este sentido debe quedar claro que el trato diferenciado entre distintos trabajadores debe tener una justificación objetiva y constitucionalmente válida. Al respecto es importante señalar que las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita, dentro de los criterios que tradicionalmente han sido utilizados para discriminar a las personas, como la raza, la religión o el sexo, constituyen, en muchas circunstancias, los motivos que llevan a los empleadores a discriminar a sus trabajadores. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un acto discriminatorio, le corresponde al empleador probar la justificación constitucional de dicho trato diferente. Esa justificación se debe avalar a través del llamado test de igualdad (ver recuadro).

Si el ejercicio de la discrecionalidad patronal trae como consecuencia la vulneración de un valor o principio esencial al sistema que regula las relaciones entre trabajadores y empresa, el derecho del empleador debe ceder frente a tal principio o valor. En términos concretos, si los directivos de "Hojalete S.A" hacen uso de su libertad de fijar horarios de trabajo extra o suplementario con el propósito de obstaculizar derechos sindicales y laborales, tal uso es indebido y denuncia un tratamiento abusivo del derecho a fijar horarios, que contraviene al principio de igualdad en materia laboral y en la protección especial que la constitución confiere al derecho al trabajo.

Recordemos que:

La desigualdad de trato no es válida, cuando la diferencia impuesta entre una u otra persona carece de justificación objetiva y razonable. Así, el trato diferenciado no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones (test de igualdad): primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada; cuarto, que se aplique el principio de proporcionalidad, que busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que de suceder la afectación, la limitación de los derechos de otros se den en un grado mínimo.

¿En qué terminó todo?

La dirección de "Hojalete S.A." trató discriminadamente a José Joaquín, al impedirle el acceso al trabajo suplementario, del cual gozaba antes de estar vinculado al sindicato. La libertad del empleador para asignar el trabajo suplementario y para variar los horarios de trabajo, presentadas como justificación legal por la empresa, tenían como fin la obstaculización de las actividades sindicales, según se demostró. Por

ende se concedió la tutela y se ordenó a la empresa, que suspendiera la conducta discriminatoria frente a José Joaquín, relativa a no concederle tiempo suplementario de trabajo por su condición de sindicalizado.

¿Qué mecanismo se utilizó?

Para proteger el derecho de un trabajador sindicalizado a ser tratado en condiciones de igualdad, se utilizó la acción de tutela.

Preguntémonos...

- ❖ **¿Entiende usted por qué en un Estado social de derecho el derecho a la igualdad es fundamental?**
- ❖ **¿Es el derecho a la libertad sindical un derecho fundamental?**
- ❖ **¿Cuándo un tratamiento diferente puede ser válido?**
- ❖ **¿Entiende usted qué es el test de igualdad?**

IGUALDAD MATERIAL / DOCENTES HOMOSEXUALES

¡DIFERENTE Y AFORTUNATO!

¿Qué pasó²¹?

Desde muy joven, Fortunato había sido reconocido como un chiquillo muy especial. Sus padres, orgullosos con sus logros académicos, sabían que su hijo era un ser muy inteligente y sensible, que incluso a la tierna edad de 7 años, ya componía canciones y versos de gran profundidad a familiares y amigos. En su casa, el pequeño era un motivo de alegría permanente, por su gracia, sus comentarios divertidos y su precocidad. Tal vez por eso, en su octavo cumpleaños, todos tomaron con jocosidad las palabras premonitorias que Fortunato pronunció cuando su abuelita le preguntó, qué deseaba ser cuando adulto: ¡Cuando sea grande, abuelita, quiero ser una niña!, -contestó, abriendo de par en par sus preciosos ojos negros, inocentes y juguetones.

A los 40 años, Fortunato seguía siendo un varón lleno de gracia y de talento. Había escrito varios libros de literatura, muy exitosos por cierto, y se había dedicado a la docencia en esas áreas, porque la filosofía y las humanidades eran su gran fortaleza. Cuando Fortunato recitaba un verso o empezaba a comentar con sus estudiantes las epopeyas imaginarias de los grandes escritores, el grupo de jóvenes, embelesado con la historia, se sumergía en el ensueño que el profesor construía con sus palabras; en la magia de su serenidad, en la fortaleza de su carácter. Nadie se atrevía a pronunciar una palabra cuando él narraba los cuentos. Era tal su inteligencia y habilidad, que los personajes adquirían forma y se iban colando en el salón de clase como si estuvieran vivos y se alimentaran de la imaginación colectiva de los adolescentes. Por eso, en la encuesta a los estudiantes que el colegio "Los Hidalgos" hacía cada año sobre la calidad de los profesores, Fortunato siempre ocupaba el primer lugar. Además, docentes y

²¹ Los hechos que se narran en este caso, son productos de la ficción, al igual que los nombres utilizados. El objetivo que se pretende, es facilitar al lector el entendimiento de los principales aspectos jurídicos que a continuación se describen. Sin embargo, el caso ha sido inspirado en la sentencia C-481 de 1999.

alumnos le tenían gran admiración y respeto, porque era un hombre sencillo, culto y con una gran calidez humana.

Desiderio Cuadrado, sin embargo, nunca lo había querido, y siempre lo miraba con un profundo desprecio. Para nadie era un secreto que Desiderio, el profesor de filosofía, no soportaba los éxitos que el docente de literatura había tenido con sus libros, o el cariño que los demás pedagogos y alumnos le profesaban. Quienes lo conocían, sabían que la envidia era el sentimiento característico de la personalidad de Desiderio; pero contra Fortunato se incrementaba de una manera tan evidente y cínica, que cuando sus compañeros de trabajo lo reprochaban por la dureza con que trataba al profesor de literatura, Desiderio pretendía justificarse alegando la condición homosexual de Fortunato, y las posibles consecuencias que ello podría traer para el colegio.

Uno de esos días en que Desiderio buscaba afanosamente algún elemento que le permitiera agredir al docente de literatura, se topó, para su suerte, con una norma del estatuto docente que decía lo siguiente:

DECRETO 2277 DE 1979
POR EL CUAL SE ADOPTAN NORMAS SOBRE EL EJERCICIO DE LA
PROFESION DOCENTE
(...)

"ARTICULO 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta:

a- (...)

b- El homosexualismo²², o la práctica de aberraciones sexuales;

c- (...)"

¡Bien!. Desiderio había encontrado elementos para perjudicar la carrera de Fortunato, de una manera definitiva. Invocando este artículo iba a lograr que lo sancionaran disciplinariamente, porque a quien se le prueba una causal de mala conducta se le puede imponer una sanción, lo que podría acarrear que sus días en la enseñanza, estuvieran contados. Sin embargo, justo cuando le estaba comentando telefónicamente su descubrimiento a otro de sus ponzoñosos amigos,

²² Nótese que la palabra técnica es homosexualidad.

otro docente se percató de las intenciones de Desiderio y corrió a contarles a todos los demás lo que estaba pasando. Reunidos, y sin informar a Fortunato, decidieron que tenían que hacer algo para evitar que Desiderio lograra sus propósitos. Un profesor de la talla de Fortunato, no podía ni debía ser retirado de una labor que aparte de ser su vocación, él desarrollaba brillantemente. Además, la norma era injusta y arbitraria, porque si bien Fortunato era homosexual y todo el mundo lo sabía, eso era parte de su vida privada y nunca había sido impedimento alguno para su excelente desempeño profesional.

¿Qué hicieron?

Alba Cristina, la docente de historia del colegio, que es ferviente admiradora de los libros de Fortunato, decidió indagar sobre las posibilidades que existían de atacar jurídicamente el artículo de las causales de mala conducta. Para ello consultó con un amigo suyo que era abogado, quien estudió el artículo, y le confirmó que al ser parte de un decreto con fuerza de ley, podría ser acusado por inconstitucional ante la Corte Constitucional. En efecto, el abogado le mencionó que a su juicio, a la luz de la nueva Constitución, ese artículo vulneraba la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y el derecho a escoger libremente profesión u oficio de los docentes homosexuales, porque discriminaba injustamente entre personas, en razón a su opción sexual, al imponerle una sanción a alguien por una íntima condición personal. Alba Cristina, al encontrar una aparente salida al problema, decidió demandar el artículo ella misma, ante la Corte Constitucional.

¿Quién le ayudó?

Como la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo que puede utilizar cualquier ciudadano para cuestionar una ley o un decreto con fuerza de ley cuando es contrario a la Constitución, no requiere abogado para su presentación. Por ende, Alba Cristina se arriesgó a presentar la acción de inconstitucionalidad, solita, mediante un escrito

sencillo²³. En el texto que presentó expuso, que la homosexualidad no era una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una "opción sexual", dentro de la orientación sexual humana, tal y como lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud. Sostuvo además, que la sola condición de homosexual no inhabilita "para el ejercicio docente". Un asunto diferente "es que una persona que sea homosexual o heterosexual, cometa abusos sexuales y en este caso -indistintamente de su condición sexual- debe ser sancionada ejemplarmente." Sin embargo, comentó, consagrar a la homosexualidad como causal de mala conducta, sin más ni más, vulnera la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio de estos docentes, porque es discriminatoria. A su juicio, el Legislador no puede interferir en la decisión de las personas a ejercer libremente una opción sexual, por lo que es inconstitucional que la condición de homosexual se encuentre establecida como causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión de educador. De esta manera, agrega, la norma viola también el buen nombre de las personas, puesto que la ley permite a las autoridades que se denigre de un educador por el solo hecho de ser homosexual, con lo que se interfiere además, en su vida privada. Para Alba Cristina, "el simple hecho de ser homosexual no te hace mal docente ni te hace merecedor a una sanción disciplinaria, cuando tu vocación es enseñar. Por eso creo que la norma es injusta y deseo que la retiren del ordenamiento jurídico dado que viola el artículo 13 de la Constitución Política".

¿Qué le respondieron?

La Corte Constitucional, haciendo un exhaustivo estudio sobre el tema, precisó que durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. También en la vida cotidiana, éstas personas han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización, las cuales, incluso, han llegado, en los casos más extremos, a fomentar campañas de exterminio contra

²³ Si le interesa saber cómo se presenta una acción de inconstitucionalidad, puede consultar el texto denominado "Mecanismos de Protección", que forma parte de esta colección.

estas poblaciones. En el caso de las mujeres homosexuales o lesbianas, habría una especie de doble discriminación, pues a la tradicional segregación por ser mujeres, se suma otra, por tener orientaciones homosexuales.

En la actualidad, la psiquiatría moderna ha demostrado que la homosexualidad en sí misma no implica ningún desorden de la mente, por cuanto no genera problemas emocionales, ni afecta la posibilidad de vida en sociedad de la persona. Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anomalía que debe ser curada médicamente, no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas. Si bien los homosexuales son una minoría estadística, eso no significa que sean personas "anormales" desde el punto de vista psicológico y patológico.

Múltiples estudios contemporáneos consideran que la homosexualidad tiene sus orígenes en: a) factores biológicos; b) factores personales de elección de la opción sexual; c) condicionamientos múltiples que incluyen factores biológicos, factores ambientales y decisiones personales. Sin embargo, independientemente del debate sobre el origen de la homosexualidad, lo cierto es que en el ordenamiento constitucional colombiano la discusión sobre si la homosexualidad está determinada biológicamente, o si por el contrario es una opción libre del ser humano, no es particularmente relevante, puesto que ambas tesis conducen a idénticos resultados en cuanto al grado de protección que la Constitución confiere a estas personas. En efecto, la Constitución no sólo prohíbe la discriminación por razón de sexo (CP art. 13) sino que, además, garantiza los derechos a la intimidad y, en especial, al libre desarrollo de la personalidad. (CP arts 15 y 16).

Así, las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional contra las tradicionales prácticas de discriminación social. Si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP art, 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se

encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). Por cualquiera de las vías que se analice, el resultado constitucional es idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.

Cuando una norma utiliza un criterio "sospechoso", es decir, uno de aquellos criterios que han sido tradicionalmente utilizados por las algunas sociedades para marginar y discriminar a ciertos grupos humanos, y que por tal razón se encuentran prohibidas por el artículo 13 de la Carta, los jueces constitucionales tienen que hacer un juicio muy estricto de constitucionalidad. En otras palabras, una norma que diferencia a las personas por su color de piel, su orientación sexual o su ideología, tiene que justificarse con muy buenas razones de orden constitucional para poder seguir existiendo. Si esas razones no existen, la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Por todo lo anterior, la Corte concluyó que toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un control judicial estricto, por ser potencialmente discriminatoria.

Ya en anteriores decisiones la Corte había señalado que todo trato diferente a un homosexual, por el solo hecho de serlo, era discriminatorio. La Corte precisó que los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana. En consecuencia, en una sociedad democrática no hay título jurídico alguno para excluirlos de las actitudes universales de respeto, justicia y solidaridad. En posterior decisión, la Corte advirtió que "el principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan

validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público”²⁴. En otra decisión, la Corte consideró que “la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.”²⁵

Internacionalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, en varios fallos, que la penalización de la homosexualidad no solamente es injusta sino que desconoce el derecho a la privacidad de las personas. Además es una medida que no responde a una necesidad social imperiosa²⁶. Según ese tribunal, la sexualidad constituye “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”, por lo cual las injerencias estatales en este ámbito, para ser legítimas, requieren la existencia “de razones particularmente graves”²⁷. A conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces aplicable en el ordenamiento colombiano, en la medida en que el artículo 93 de la Constitución establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). El Comité decidió en el caso No 488/1992 de Nicholas Toonen contra Australia que el artículo 17 del Pacto protege la privacidad de la práctica sexual entre personas adultas, por lo que la penalización de la homosexualidad por parte de este Estado era una abierta violación del Pacto. Así mismo el Comité recordó que acorde al Pacto, se prohíbe toda discriminación por razón de “sexo”²⁸ (art. 26). El Comité concluyó que la referencia a “sexo” en estos artículos debe interpretarse de tal manera que incluya la “orientación sexual” de las personas.

²⁴ Sentencia C-098 de 1996.

²⁵ Sentencia T-101 de 1998.

²⁶ Ver Sentencia del 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon contra Reino Unido, sentencia del 26 de octubre de 1988 caso Norris v Irlanda y sentencia del 22 de abril de 1993, caso Modinus v Chipre.

²⁷ Ver Sentencia del 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon contra Reino Unido, párrafo 52.

²⁸ Por sexo, debe entenderse según el comité incluida, la orientación sexual.

Como lo ha dicho la Corte Constitucional varias veces, para que un trato diferente a un grupo de personas, satisfaga los estándares de un escrutinio estricto que permita determinar si es válido ese trato o no, es necesario²⁹ no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo constitucional sino que se trate de una necesidad social imperiosa, que solo se pueda satisfacer mediante esa medida y que no apareje una carga desproporcionada para las personas concernidas.

Utilizando ese estándar, dos razones se presentaron a la Corte para intentar justificar el artículo 46 del Estatuto Docente: a) La necesidad de proteger la integridad de los niños y, b) la preocupación de que la presencia abierta de profesores homosexuales pudiera inducir a los educandos a la práctica o aprendizaje de comportamientos indebidos o identificaciones "anormales". Al respecto la Corte Constitucional concluyó que, la protección de la integridad sexual y personal de los menores representa una necesidad social imperiosa que el Estado debe satisfacer, por cuanto la Carta no sólo ordena proteger a los niños contra toda forma de abuso sexual sino que explícitamente señala que sus derechos prevalecen sobre aquellos de los demás (CP Art. 44). No obstante, según todos los estudios científicos evaluados, no existe ninguna evidencia de que los homosexuales presenten una mayor propensión que los heterosexuales a incurrir en actos de abuso sexual con menores. Todos los estudios coinciden, por el contrario, en que la gran mayoría de quienes abusan de los niños son hombres heterosexuales. Por ende, como no existe ninguna evidencia empírica de que los homosexuales tengan una mayor tendencia al abuso sexual con los menores, la exclusión de estas personas de la docencia es totalmente irrazonable, pues no mejora un ápice la protección del pudor y de la libertad sexual de los niños. A juicio de la Corte, un simple prejuicio, no puede ser fundamento para privar a una persona de un puesto de trabajo o un motivo para negarle el acceso a un cierto empleo. Lo anterior no significa que un homosexual que abuse de un menor no deba ser castigado. Si eso ocurre, esa persona debe ser investigada y sancionada de manera ejemplar, pero no por haber asumido una opción sexual diversa a aquella de la mayoría, sino por

²⁹ Este escrutinio es denominado en la doctrina constitucional, test de igualdad.

haber cometido una conducta que atenta directamente contra los derechos prevalentes de los niños. El abuso sexual de menores es entonces igualmente reprochable cuando quien incurre en él es homosexual o heterosexual.

La otra eventual justificación para excluir a los homosexuales del ejercicio de la docencia, se encuentra implícita en la creencias de que la presencia de profesores homosexuales podría inducir a comportamientos indebidos o identificaciones "anormales" en los educandos. La Corte consideró que esa tesis no es de recibo ya que no sólo simplifica en extremo el complejo proceso de formación de la identidad y la orientación sexuales de una persona, sino que conduce además a contradicciones argumentativas y reproduce estigmas irracionales contra las poblaciones homosexuales. La formación de la orientación sexual de una persona es un proceso muy complejo, en el cual inciden múltiples factores, incluso orgánicos, según se demostró en el debate que la sentencia reseñó. En ese contexto, no es razonable suponer que la simple presencia de un profesor con una determinada orientación sexual provoque una orientación igual en sus alumnos, pues, no existe ninguna prueba científica que demuestre que la existencia de un profesor homosexual genera identidades homosexuales en sus educandos. Por consiguiente, se demostró que ese es un prejuicio que tampoco justifica razonablemente que un docente sea privado del ejercicio de su profesión.

Recordemos que:

Las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP art, 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). Por cualquiera de las dos vías, el resultado constitucional es entonces idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.

¿En qué terminó todo?

Por todo lo anterior, la Corte concluyó que no existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. Por consiguiente declaró inconstitucional el aparte de la norma que hace alusión al "Homosexualismo" como causal de mala conducta de los docentes. La consecuencia inmediata de la declaratoria de inconstitucionalidad es que la norma desaparece del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, Fortunato nunca pudo ser sancionado, y siguió durante toda su vida aportando de manera invaluable a la educación de los jóvenes de su localidad.

¿Qué mecanismo se utilizó?

Para retirar del ordenamiento una norma que se consideraba contraria a la Constitución y que consagraba una sanción disciplinaria a un docente por el simple hecho de ser homosexual, se utilizó la acción de inconstitucionalidad.

Preguntémonos...

- ❖ **¿Puede el Legislador sancionar a los homosexuales por el mero hecho de serlo?**
- ❖ **¿Cómo puedo determinar si una norma establece un trato discriminatorio? ¿Recuerda usted qué es el "test de igualdad"?**
- ❖ **¿Qué es la acción de inconstitucionalidad y que efectos tiene?**
- ❖ **¿Por qué las personas homosexuales tienen derecho a una protección constitucional reforzada?**

DERECHO A LA IGUALDAD

GLOSARIO

❖ **Acción pública de inconstitucionalidad:** Es la acción por medio de la cual, todo ciudadano (persona mayor de edad) puede acudir ante la Corte Constitucional, si considera que determinada ley o decreto con fuerza de ley, es contrario a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia. La Corte compara la norma acusada con las normas constitucionales, y decide si la primera es constitucional, es decir, ajustada a la Carta, o es inconstitucional o inexecutable. La inexecutableidad da como resultado, que la norma sea extraída del ordenamiento jurídico. También es conocida como *acción de inconstitucionalidad*, o de *inexecutableidad*.

❖ **Acción de tutela:** Es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas, consagrado en la Constitución Política colombiana en su artículo 86. La acción de tutela, la puede ejercer cualquier persona que desee reclamar la protección inmediata de un derecho fundamental vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o en ciertos casos, de un particular³⁰; siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial idóneo para ese fin. La acción de tutela está sometida a un procedimiento preferente y sumario. Además es una acción que puede ser intentada por cualquier persona, sin importar su edad, su origen, "raza, nivel socioeconómico, social o profesional y por su puesto sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables requisitos formales ni formulas exactas, ni siquiera un escrito, porque puede ser verbal".³¹ Se puede tramitar ante cualquier juez del lugar en el que ocurrió la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

❖ **Acciones afirmativas:** Ver Diferenciación Positiva.

³⁰ ³⁰ El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra particulares, cuando estos están encargados de un servicio público, frente a los que el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión o cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas (en este caso se debe solicitar primero la rectificación antes de presentar la tutela).

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-501 de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Lo único que se debe precisar es que no se ha interpuesto una acción de tutela ante otro juez, por los mismos hechos.

❖ **Comunicaciones:** También reciben el nombre de *peticiones*. Es el escrito por medio del cual se hace conocer a los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la existencia de una violación por parte de un Estado. En el texto, el peticionario debe indicar los hechos que se denuncian, señalando el nombre de la víctima, el nombre de alguna autoridad implicada o que conozca de los hechos, el Estado que se considera responsable, y el agotamiento o la imposibilidad de usar los recursos internos. Dependiendo del órgano al que se acuda, es posible que se contemplen otros requisitos formales como los datos completos del peticionario, una corta relación de pruebas etc.

❖ **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:** Los Estados que suscribieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Protocolo Adicional, cuyo seguimiento corresponde a las Naciones Unidas, aceptaron el establecimiento de un Comité de Derechos Humanos, cuya obligación es hacerle seguimiento a las obligaciones de los Estados en virtud de ese Pacto, emitir informes y comentarios sobre el particular y tomar decisiones frente a las peticiones personales o de grupos que se presenten, en las que se alegue la violación de derechos humanos señalados en el Pacto.

❖ **Corte Constitucional:** La función de defensa del orden constitucional está confiada a la jurisdicción constitucional, cuyo máximo tribunal es la Corte Constitucional. El artículo 241 de la Constitución Política, confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En el caso de la acción de tutela, la Corte Constitucional tiene la función de revisar, acorde a lo prescrito por el ordenamiento, los fallos de tutela proferidos por los demás jueces y magistrados que conocen de esas acciones.

❖ **Criterios Sospechosos:** Se denominan criterios sospechosos o potencialmente prohibidos aquellas categorías o regulaciones que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) que no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución

o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales."³² El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. Entre estos podemos citar a modo de ejemplo: el caso de las mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros³³.

❖ **Debilidad manifiesta:** El artículo 13 de la Constitución establece que el Estado debe proteger especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Esta debilidad, hace que estas personas se encuentren en situación de vulnerabilidad social, que exige del Estado una actuación inmediata, para lograr el restablecimiento de la justicia material y una protección de la dignidad humana de estas personas, en condiciones de igualdad.

❖ **Decreto con fuerza de ley (Decreto-Ley):** Es aquel decreto expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, cuando la necesidad lo exija³⁴ o la conveniencia pública lo aconseje (Art. 150-10 C.P.). La Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra estos decretos. (ver acción de inconstitucionalidad).

❖ **Demanda Administrativa:** Es un nombre coloquial que se le da a las acciones que se presentan ante las autoridades judiciales contencioso administrativas, para que diriman un conflicto que involucra la acción o la omisión de funcionarios públicos o particulares en ejercicio de funciones públicas. Recordemos que con el término de acciones administrativas se conocen aquellas acciones que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de las funciones administrativas y la actuación de los órganos públicos dentro de los parámetros constitucionales. Su conocimiento está a cargo de los Tribunales

³² Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2001.

³⁴ Por ejemplo en los estados de Excepción. Ver artículo 212 de la Constitución.

Administrativos y del Consejo de Estado; se regulan por el Código Contencioso Administrativo, el cual establece los requisitos formales para presentar la demanda, los términos en los cuales se puede interponer la acción válidamente y el trámite que debe seguir. Son acciones contencioso administrativas: la acción de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho, la de reparación directa, la acción contencioso contractual, y la de definición de competencias.

❖ **Diferenciación Positiva:** Son medidas que establecen beneficios en favor de un grupo que se encuentra en una situación de desventaja social. Con ellas se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes en la sociedad. Tienen como finalidad luchar contra las desigualdades generadas por la estructura social, que sufren distintos grupos por razón de su sexo, raza, origen, religión, etc. Estas medidas pueden recibir el nombre de *acciones afirmativas*, medidas de *discriminación inversa*, medidas de *discriminación positiva* o medidas de *diferenciación positiva*. Un ejemplo de ello puede ser el establecimiento de becas para estudiantes de sectores vulnerables, a fin de asegurar una igualdad real y efectiva.

❖ **Discriminación: (Acto de):** "acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende –consciente o inconsciente– anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. El acto de discriminación no solo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando pese a la irracionalidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumar la violación del derecho a la igualdad³⁵ sentencia T-098/94 Corte Constitucional.

❖ **Discriminación inversa:** Ver Diferenciación positiva.

³⁵ Diccionario Nuevo Larousse Manual Ilustrado. Editorial Larousse. Paris. 1970

❖ **Distrito:** Dentro de la organización territorial establecida en la Constitución de 1991, se le dio un régimen especial de funcionamiento a las ciudades de Bogotá, como Distrito Capital y a las ciudades de Santa Marta y Cartagena, en su calidad de Distritos Turísticos y culturales. Su régimen presupuestal, de elección de autoridades y de incorporación de otros municipios a su área metropolitana, es diverso al de los demás municipios.

❖ **Diversidad étnica y cultural:** La diversidad étnica y cultural colombiana es un patrimonio que el Estado colombiano reconoce y protege, acorde con el artículo 7º de la Constitución. Colombia efectivamente es un país multicultural que cuenta con un gran número de comunidades indígenas, negras y de diversas características étnicas. El interés del estado colombiano es el de asegurar sus derechos y su protección, acorde con los principios de igualdad y respeto a la dignidad de estos pueblos y a su libre autodeterminación.

❖ **Exequible:** Una ley o decreto-ley es declarado exequible por la Corte Constitucional, cuando después de un análisis denominado control de constitucionalidad, la Corte determina que la norma se encuentra ajustada a la Carta.

❖ **Igualdad ante la ley:** Igualdad abstracta que predica los mismos deberes y derechos para todas las personas, sin tener en consideración sus diferencias o sus necesidades puntuales. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental tanto por su consagración (Capítulo I, Título II de la Constitución Nacional), como por su exaltación como derecho de vigencia inmediata en el artículo 85 de la Carta Política, y también por el valor trascendente que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo³⁶.

❖ **Igualdad formal:** La igualdad formal es aquella que no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, en la medida en que está

³⁶ Corte Constitucional Sentencia T-432 de 1992.

fundada en la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual. Se supera así el concepto de igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, según el cual no se permite regulación diferente para supuestos iguales y se permite diferente normatividad para supuestos distintos³⁷.

❖ **Igualdad real o material:** La igualdad material o real alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar las cargas y los beneficios sociales. Son normas que responden al principio de igualdad material, las normas laborales, o las medidas de diferenciación positiva. El principio de no discriminación conlleva la prohibición de consagrar tratos injustificados. Así, la prohibición de establecer discriminaciones tiene estrecha relación con la noción de igualdad sustancial consagrada en la Carta Política³⁸. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

❖ **Igualitarismo:** Se entiende por *igualitarismo* el concepto doctrinal que pretende concebir a la igualdad como una nivelación de índole meramente matemática. El objeto es el de asegurar una igualdad matemática, no fundada en criterios sustanciales.

❖ **Inconstitucionalidad:** Ver acción pública de Inconstitucionalidad.

❖ **Inexequible:** Una norma es declarada inexequible por la Corte Constitucional, cuando es contraria a los preceptos constitucionales.

❖ **Junta Distrital de Educación:** Acorde a la ley 115 de 1994, cada distrito debe designar una Junta Distrital de Educación.

❖ **Legislador:** Es el nombre que se le da de manera genérica al órgano que constitucionalmente tienen la competencia de proferir leyes. En Colombia, el Congreso es quien cumple la función legislativa y

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993

³⁸ Corte Constitucional C-410 de 1996.

extraordinariamente el Presidente, cuando el Congreso lo dota con facultades extraordinarias para expedir "decretos leyes".

❖ **Ley estatutaria:** Como lo señala el artículo 152 de la Carta, las leyes que regulan "el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección" deben ser estatutarias. De acuerdo con la Carta, el trámite de una ley estatutaria debe cumplir, en primer lugar, con los requisitos generales establecidos en el artículo 157 superior. Esto es: a) Haber sido publicado el proyecto de ley en la Gaceta del Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. b) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara. c) Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate. d) Haber obtenido la sanción del gobierno, requisito que para el caso de las leyes estatutarias, se debe surtir después de que la Corte Constitucional haya efectuado la revisión previa y oficiosa de constitucionalidad y declarado, en consecuencia, que las disposiciones del proyecto se ajustan a los preceptos constitucionales.

De igual forma, se debe acatar lo dispuesto en los artículos 158 y ss. de la Constitución, en relación con la unidad de materia, los términos que deben transcurrir entre los debates en comisiones y en plenarias, el lapso mínimo de tiempo que debe mediar entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra. Finalmente, cumplir con los requisitos especiales que el artículo 153 superior exige para la aprobación, modificación o derogación de leyes estatutarias: a) mayoría absoluta, b) trámite en una sola legislatura³⁹.

❖ **Ley 115 de 1994:** Esta ley es llamada "Ley general de educación" y establece parámetros generales de organización del sistema educativo nacional.

❖ **Medidas jurisdiccionales y Legislativas:** Cuando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla de estas medidas, se refiere a aquellas que por su naturaleza, garantizan la protección de los derechos establecidos en el Pacto, desde las atribuciones propias de la

³⁹ Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria.

rama judicial y de la rama legislativa. En ese orden de ideas, al Legislador le corresponde establecer leyes que permitan la protección de esos derechos y a las autoridades judiciales les corresponderá asegurar que esos derechos sean efectivos en cada uno de los casos que analicen a la luz de la legislación interna e internacional.

❖ **Nulo (Nulidad):** En el derecho colombiano, toda persona puede solicitar por sí o por intermedio de representante, que se declare nulo un acto administrativo. Esta nulidad procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan normas constitucionales o legales en los que deben fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios incompetentes, o en forma irregular, mediante falsa motivación o con desconocimiento del derecho de defensa, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario. Esta acción, contra actos administrativos como decretos, certificaciones, resoluciones, etc., debe ser presentada ante las autoridades judiciales administrativas.⁴⁰

❖ **Orden Público:** Son *normas de orden público* aquellas de obligatorio cumplimiento y que no se pueden modificar por la simple decisión o voluntad de las partes. También se conoce como *orden público* al conjunto de condiciones mínimas, jurídicas y estructurales que sirven de apoyo y garantía a una vida social y al ejercicio de las prerrogativas y obligaciones en comunidad. El Presidente de la República es el encargado del manejo del orden público en el país, y como tal, le corresponde conservarlo en todo el territorio y restablecerlo donde fuere turbado (Art. 189-4 C.P.); para ello se le conceden una serie de atribuciones que le permiten adoptar las medidas necesarias destinadas a lograr los propósitos mencionados. Durante los períodos de excepción (guerra exterior, conmoción interior, y emergencia económica, social y ecológica), el Presidente cuenta con facultades especiales y extraordinarias para contrarrestar la alteración del orden público, conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos⁴¹. Los gobernadores y Alcaldes en consecuencia, deben someterse a las directrices presidenciales sobre el manejo del orden público interno. La

⁴⁰ Artículo 84, Código Contencioso Administrativo.

⁴¹ Sentencia Corte Constitucional C-558 de 1994.

Policía Nacional tiene la competencia de conservar el orden público en el territorio Nacional.

❖ **Organismos de Control:** Son organismos de control, aquellos cuya misión es la de vigilar la actividad y la gestión de las entidades del Estado y de los particulares que realicen funciones públicas, a fin de garantizar el adecuado ejercicio de sus funciones y proteger los fondos y bienes de la Nación. Son organismos de control, la Contraloría General de la República (control de gestión) y el Ministerio Público, conformado por la Procuraduría General de la Nación (control disciplinario) y la Defensoría del Pueblo (protección de los derechos humanos) y los Personeros Municipales.

❖ **Personero (distrital o municipal):** Los personeros municipales, o distritales, forman parte del Ministerio Público y por tanto les compete en sus respectivas jurisdicciones, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas⁴². Son agentes del Defensor del Pueblo a nivel municipal, para cumplir la delicada e importante responsabilidad de velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. En cumplimiento de las funciones que el artículo 282 de la Constitución Política le señala al Defensor del Pueblo, éste profirió la resolución No. 001 de 1992, en la cual delegó en los personeros municipales de todo el país, la facultad de incoar acciones de tutela en nombre de quien se lo solicite o se encuentre en estado de indefensión, cumpliendo de esta manera con el artículo 49 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela. Los personeros municipales también cumplen las funciones del Ministerio Público en los asuntos de competencia de los juzgados penales municipales y promiscuos y de los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales o promiscuos, sin perjuicio de que estas funciones puedan ser asumidas directamente por la Procuraduría. Recordemos que el Ministerio público puede actuar dentro de los procesos penales en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, y de los derechos fundamentales de las personas en todas las etapas, con plenas facultades y en calidad de sujeto procesal⁴³. (Ver Distrito).

⁴² Ver artículo 118 de la Constitución Política.

⁴³ Ver artículo 123 del Código Penal.

❖ **Pluralismo:** Principio constitucional⁴⁴ que propugna por una visión de respeto y aceptación a las diferentes formas de vida en sociedad, siempre y cuando no lesionen derechos de terceros o el orden público. Descarta en consecuencia, la existencia de una visión única de sociedad, impuesta por el Estado o por los particulares.

❖ **Prejuicio:** Los prejuicios son opiniones o ideas preconcebidas, generalmente discriminatorias, hacia personas de otra clase social, raza o grupo⁴⁵.

❖ **Racismo:** Doctrina de pensamiento que alega la superioridad natural de ciertos grupos raciales sobre otros⁴⁶. Esta teoría ha sido duramente criticada por las sociedades democráticas actuales, porque desconoce la igualdad sustancial de todas las personas ante la ley.

❖ **Rama Ejecutiva:** Es aquella Rama del Estado que tiene la función de hacer cumplir las leyes, conservar el orden público en el territorio nacional, administrar y ejecutar los planes y programas de desarrollo económico y social, vigilar y controlar las actividades financiera, bursátil y aseguradora, los servicios públicos y la enseñanza, y organizar las entidades administrativas nacionales. Está organizada en tres órdenes territoriales. En el orden nacional encontramos al Presidente, Vicepresidente, Ministros, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos Públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. A nivel departamental los Gobernadores y entidades públicas de carácter departamental y a nivel Municipal el Alcalde y entidades públicas municipales. (Art. 115 C.P.) Las Asambleas Departamentales⁴⁷ y los Consejos Municipales⁴⁸ forman parte de la Rama Ejecutiva.

❖ **Rama Legislativa:** Es aquella rama del poder Público que tiene la función de formular las leyes. Vgr. Congreso.

⁴⁴ Artículo 2° de la Constitución Política.

⁴⁵ Diccionario Nuevo Larousse Manual Ilustrado. Editorial Larousse. Paris. 1970.

⁴⁶ Diccionario Nuevo Larousse Manual Ilustrado. Editorial Larousse. Paris. 1970.

⁴⁷ Ver Artículo 299 de la Constitución.

⁴⁸ Ver artículo 312 de la Constitución Política

❖ **Rama Judicial:** La Rama Judicial es aquella que tiene la función de administrar justicia, es decir, la función de resolver conflictos jurídicos, siempre desde la perspectiva del derecho. La rama jurisdiccional está integrada por los jueces y tribunales que establecen la Constitución y las leyes.

❖ **Riquezas Culturales:** Ver diversidad étnica y cultural.

❖ **Test de Igualdad:** Es el nombre con que se le conoce a la construcción doctrinal que en materia constitucional permite establecer si un trato diferencial entre personas es justificado o no, acorde a la Carta. La desigualdad de trato no es válida, cuando la diferencia impuesta entre una u otra persona carece de justificación objetiva y razonable. Así, el trato diferenciado de no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones (test de igualdad): primero, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; segundo, que los medios propuestos sean adecuados y posibles para la consecución del fin propuesto. (Vgr. Que la norma o disposición que se pretende implementar sea útil, necesaria y apropiada para cumplir el fin propuesto). Tercero, que se aplique el principio de proporcionalidad, que busca que las imposiciones o cargas que establece la medida sean proporcionadas al fin propuesto. De allí que la medida no sólo debe tener un fundamento legal, sino que debe ser aplicada de tal manera, que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que de serlo, la afectación o la limitación de los derechos de otros sea proporcionada.

RELACION DE TERMINOS DEL GLOSARIO

Acción pública de inconstitucionalidad
Acción de tutela
Acciones afirmativas
Comunicaciones
Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Corte Constitucional
Criterios sospechosos
Debilidad Manifiesta
Decreto con fuerza de ley (Decreto-Ley)
Demanda administrativa
Diferenciación positiva
Discriminación (acto de)
Discriminación inversa
Distrito
Diversidad étnica y cultural
Exequible
Igualdad ante la Ley
Igualdad formal
Igualdad real o material
Igualitarismo
Inconstitucionalidad
Inexequible
Junta Distrital de Educación
Legislador
Ley estatutaria
Ley 115 de 1994
Medidas jurisdiccionales y legislativas
Nulo (nulidad)
Orden público
Organismos de control
Personero (distrital o municipal)
Pluralismo
Prejuicio
Racismo
Rama ejecutiva

Rama legislativa
Rama Judicial
Riquezas culturales
Test de igualdad

GUIA PEDAGOGICA Y BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

DEL DERECHO A LA IGUALDAD, AL RESPETO DE LA DIFERENCIA

1. DESCRIPCIÓN DE LOS MATERIALES Y LA METODOLOGÍA

El presente volumen contiene un ensayo teórico en el cual la autora ha intentado condensar los asuntos más significativos involucrados en el derecho a la igualdad y el respeto a la diferencia. Este derecho, de rango constitucional, se funda en Declaraciones universales de derechos humanos, Convenios y Tratados internacionales suscritos o ratificados por Colombia. En el documento se contempla la evolución histórica del reconocimiento jurídico del derecho, tanto en la cultura occidental como en Colombia. Se acude a los aportes realizados por teóricos de la política y la ética, para precisar qué elementos comprende el derecho a la igualdad y para mostrar 3 formas de justificación moral del mismo. Hay una precisión sobre los sujetos cobijados por el derecho a la igualdad y el respeto a la diferencia, y sobre el tipo de acción que el Estado debe desplegar para su protección. Se muestra por etapas el proceso de constitucionalización del derecho y los mecanismos constitucionales para protegerlo. Y finalmente se utilizan las herramientas de interpretación usadas por la Corte Constitucional, para resolver conflictos por violación del derecho. Adicionalmente este volumen contiene un manual de casos y un glosario de términos que serán muy útiles a la hora de tratar y de construir colectivamente la respuesta correcta.

La metodología a seguir será la de PBL (o método basado en problemas). Para ello se iniciará la sesión con un problema de relevancia jurídica y ética, que se discutirá entre los participantes. De la discusión se espera obtener la percepción general que tiene el grupo sobre la realidad del derecho a la igualdad y el respeto a la diferencia en Colombia. Además, esta metodología permite hacer preguntas que motiven al grupo para adquirir conocimientos teóricos, básicos para la solución del problema planteado. Resuelta la necesidad de motivación, se procederá al estudio del material por partes, cada una de las cuales se articulará alrededor de una o dos preguntas. Las respuestas deberán ser encontradas entre todos los participantes, previa discusión por

grupos. Finalmente se pondrán en común las respuestas dadas en los grupos y se buscará obtener algunas conclusiones generales.

2. EL PROBLEMA ÉTICO Y JURÍDICO

Para comenzar la sesión se puede utilizar cualquier problema que involucre el derecho a la igualdad. Se sugiere, sin embargo, utilizar los casos del manual o, tal y como se presenta en el ensayo, un caso hipotético de discriminación en razón del género. Este último caso es una adaptación de un caso real planteado en una tutela revisada por la Corte Constitucional en 1995. La modificación consiste en haberle añadido el elemento género, no presente en el caso original. Las partes de dicho conflicto son una empresa y una trabajadora que considera vulnerado su derecho a la igualdad: su salario es inferior al percibido por compañeros de trabajo que desempeñan funciones análogas. Estos además de ser hombres, no se han sindicalizado; situación que la lleva a concluir que el trato diferenciado se funda en una causa doblemente discriminatoria. La relevancia jurídica se debe a la existencia de normas constitucionales que establecen prohibiciones de tratos diferenciados en las relaciones laborales, no justificados razonablemente. La relevancia ética viene dada por el carácter moral de los elementos involucrados en el problema. No es posible determinar en qué se funda la prohibición jurídica, sin considerar las razones morales que se han ido estableciendo en la tradición occidental. Por esto se estudiarán brevemente las razones morales más relevantes. De la teoría política se debe extraer los conceptos básicos de la noción de igualdad, como forma de entender el sentido, alcance y límites del derecho a la igualdad y del respeto a la diferencia.

3. LAS PREGUNTAS BÁSICAS PARA EL DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA

La primera pregunta que surge es si la trabajadora del problema planteado puede considerar que le ha sido violado su derecho a la igualdad. Para responder ese interrogante macro es necesario responder algunas cuestiones más particulares como las siguientes: ¿las trabajadoras pudieron desde siempre reclamar un derecho a la igualdad?, ¿pueden ellas reclamar la igualdad de trato en sus relaciones

laborales?, ¿qué elementos puede comprender la noción de igualdad de trato?, ¿qué razones morales tienen ellas para reclamar a un empleador la igualdad de trato en las relaciones laborales?, ¿solamente los empleadores se encuentran en la obligación de respetar el derecho de las trabajadoras a recibir un trato igualitario en el trabajo?, ¿si los empleadores se niegan a dar a sus trabajadoras un trato igualitario, ¿puede el Estado intervenir para garantizar el respeto a la igualdad de trato?, ¿de qué forma puede darse esa intervención estatal?, ¿la Constitución colombiana establece mecanismos que permitan a las trabajadoras reclamar ante el Estado, por la violación de su derecho?, ¿cuál puede ser la expectativa de las trabajadoras frente a la respuesta que obtendrán del Estado?.

4. LA RESPUESTA CONSTITUCIONALMENTE CORRECTA

Un desarrollo de la posible respuesta al caso planteado dentro de las múltiples posibilidades de argumentación, se presenta en el ensayo adjunto. No obstante, debe aclararse que dar una respuesta única supone el conocimiento de todos los elementos probatorios adjuntos al expediente; lo que no puede lograrse en este escrito.

5. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

Por cuestiones pedagógicas se decidió incluir este glosario en el cuerpo del ensayo. Cada término considerado básico y de dudoso significado para un lector no experto se incluyó en un recuadro, que aparece con posterioridad a la utilización del mismo.

6. BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA PARA EL TEMA

- Cortés Rodas Francisco y Alfonso Monsalve Solórzano, *Multiculturalismo los derechos de las minorías culturales*, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Medellín, 1999.
- Dworkin Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, paidós, Barcelona, 1990,
- Dworkin Ronald, *El imperio de la Justicia*, gedisa, Barcelona, 1992.

- Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: volumen II, El derecho y la justicia, "La igualdad ante la ley" Javier de Lucas, Trotta, Madrid, 1996.
- Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Fetscher Iring, *La tolerancia: una pequeña virtud imprescindible para la democracia*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política No. 14, *Multiculturalismo: justicia y tolerancia*, editado por el Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, octubre de 1996.
- Miller David y Michael Walzer (compiladores), *Pluralismo, Justicia e Igualdad*, F.C.E.. "La política y las desigualdades complejas de género", Susan Moller Okin y "Igualdad compleja" de David Miller, Buenos Aires, 1996
- Nino Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Papacchini Angelo, *Filosofía y Derechos humanos*, Ed. Facultad de Humanidades de la Universidad del Valle, Cali, 1995.
- Pérez Luño Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Rawls John, et al, *Libertad, Igualdad y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.
- Sen Amartya, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, Bogotá, 2001.