

Discriminación racial, desplazamiento y género en las sentencias de la Corte Constitucional. El racismo cotidiano en el banquillo¹



Donny Meertens²

Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá
dmeertens@gmail.com

Recibido: 25 de agosto de 2008
Aceptado: 6 de noviembre de 2008

¹ Este artículo es producto de la investigación «Nuevas desigualdades sociales: el género en las discriminaciones étnico-raciales y recomposiciones identitarias. El caso de población negra desplazada y no-desplazada en un sector popular de Bogotá», realizada entre 2005 y 2006 por las investigadoras Donny Meertens, Mara Viveros y Luz Gabriela Arango, con la asistencia de Karen Ibarra (análisis jurídico), Alexandra Fierro y Franklin Gil (Grupo Interdisciplinario de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia y COLCIENCIAS).

² Profesora Asociada, Departamento de Trabajo Social, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá. Doctora en Ciencias Sociales de la Catholic University Nijmegen, Holanda, 1997.

Discriminación racial, desplazamiento y género en las sentencias de la Corte Constitucional. El racismo cotidiano en el banquillo

Resumen

En este artículo nos hemos propuesto una exploración de un tema relativamente nuevo en los estudios de la sociedad colombiana contemporánea: la discriminación, entendida tanto en su sentido negativo como positivo, aunque con más énfasis en el primero. Abordamos la discriminación – y particularmente la discriminación racial, entrecruzada con la de género y la sufrida por la población en situación de desplazamiento forzado– desde un campo de análisis que se mueve entre el ámbito de la normatividad y el de las prácticas cotidianas. El primero es representado por la normatividad internacional, la Constitución Colombiana de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante los últimos años; el segundo ámbito lo examinamos a través del mismo lente de las Sentencias de la Corte, complementadas con algunos ejemplos de racismo cotidiano en una localidad de escasos recursos del sur de Bogotá.

Palabras claves: discriminación, racismo, género, desplazamiento.

Racial Discrimination, Displacement and Gender in the Sentences of the Constitutional Court – Everyday Racism on the Bench

Abstract

In this article, we undertake an exploration of a relatively new topic in the studies of the contemporary Colombian society: discrimination, understood in its negative as well as positive sense, although focusing more on the former. We look at discrimination – and particularly racial discrimination, intertwined with gender and the suffering of a population in forced displacement – from a field of analysis that moves between the spheres of normativity and everyday practices. The first is represented by international normativity, the Colombian Constitution from 1991 and the jurisprudence of the Constitutional Court during the past years; the second sphere we examine through the same lens of Court sentences, complemented by some examples of everyday racism in a poor locality on the South side of Bogotá.

Key words: discrimination, racism, gender, displacement.

Discriminação racial, deslocamento e gênero nas sentenças da Corte Constitucional. O racismo cotidiano no banco dos réus

Resumo

Neste artigo temos proposto uma exploração de um tema relativamente novo nos estudos da sociedade colombiana contemporânea: a discriminação, entendida tanto no seu sentido negativo quanto no positivo, embora com mais ênfase no primeiro. Abordamos a discriminação – e particularmente a discriminação racial, atrelada com a discriminação de gênero e com aquela sofrida pela população em situação de deslocamento forçado– a partir de um campo de análise que se localiza entre o âmbito da normatividade e o âmbito das práticas cotidianas. O primeiro é representado pela normatividade internacional, a Constituição de 1991 e a jurisprudência da Corte Constitucional durante os últimos anos. O segundo âmbito será examinado através da mesma lente das Sentenças da Corte, complementadas com alguns exemplos de racismo cotidiano em uma localidade de escassos recursos no Sul de Bogotá.

Palavras chave: discriminação, racismo, gênero, deslocamento.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
(Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 20, numeral 2).

Me discriminan... por ser desplazada y por ser negra [...] porque yo fui a muchas empresas con la hoja de vida, cumplía con todo pero... 'para Usted no hay trabajo'. [...] Cuando llegamos a buscar la pieza no nos arrendaban por ser negros, porque dizque los negros son muy bulliciosos, entonces, pues si nosotros no teníamos un radio, no teníamos televisor, nada, nada... ni charlamos. Ahí ellos, los niños, llorando y a esa señora pues no le alquilaba a negros por ese motivo...
(Mujer de la Costa Pacífica, desplazada en Bogotá).

Introducción

En este artículo nos hemos propuesto una exploración de un tema relativamente nuevo en los estudios de la sociedad colombiana contemporánea: *la discriminación*, entendida ésta tanto en su sentido negativo como positivo, aunque con más énfasis en el primero. Abordamos la discriminación –y particularmente la discriminación racial, entrecruzada con la de género y la sufrida por la población en situación de desplazamiento forzado– desde un campo de análisis que se mueve entre el ámbito de la normatividad y el de las prácticas cotidianas. El primero es representado por la normatividad internacional, la Constitución Colombiana de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante los últimos años; el segundo ámbito lo examinamos a través del mismo lente de las Sentencias de la Corte, complementadas con algunos ejemplos de racismo cotidiano en una localidad de escasos recursos del sur de Bogotá³.

Un primer escenario: Cartagena 2004

El 25 de diciembre de 2004 una joven cartagenera se disponía a celebrar la navidad en compañía de su hermana y unas amigas en unas discotecas de la ciudad. Se encontraron, sin embargo, con una situación no esperada. El guardia de seguridad de una de los establecimientos les

³ Este ejercicio hace parte de la investigación «Nuevas desigualdades sociales: el género en las discriminaciones étnico-raciales y recomposiciones identitarias. El caso de población negra desplazada y no-desplazada en un sector popular de Bogotá», realizada entre 2005 y 2006 por las investigadoras Donny Meertens, Mara Viveros y Luz Gabriela Arango, con la asistencia de Karen Ibarra (análisis jurídico), Alexandra Fierro y Franklin Gil (Grupo Interdisciplinario de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia y COLCIENCIAS).

negó el acceso, indicándoles que para ese efecto debían portar un carné, haber efectuado una reservación y que –además– en ese momento, en el interior del local, se realizaba una fiesta privada (1). Media hora más tarde decidieron volver al sitio para averiguar por las verdaderas razones por las cuales no les dejaban ingresar. Unas amigas, todas ellas de tez blanca, se dirigieron a los vigilantes, quienes les informaron que: «nuestras amigas *blancas y rubias* podían entrar pero que las *morenitas* no podían hacerlo» (2). Acongojadas, las dos hermanas decidieron dirigirse a otra discoteca. Las amigas *blancas y rubias* ingresaron al establecimiento sin ningún problema, pero a ellas, las hermanas *morenitas*, el portero les negó la entrada. En esta ocasión se adujo *que la discoteca estaba llena y no tenían reserva correspondiente* (3). Ante su insistencia para que se les permitiera el ingreso a la discoteca, el portero les confesó: «Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a *personas de tu color* a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero» (4).

Una de las hermanas resolvió interponer una tutela por trato discriminatorio. La Corte Constitucional decidió concederla y tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, la honra y la dignidad humana⁴. Los cuatro argumentos diferentes que usaron los porteros de los establecimientos comerciales –algunos disimulados, otros más abiertamente discriminatorios –, contrapuestos a los textos de la normatividad jurídica nacional e internacional a lo largo de la sentencia de la Corte, constituyen un rico ejemplo de encuentro y desencuentro entre los discursos formales y las prácticas corrientes de lo que se ha llamado el «racismo cotidiano». Más adelante analizaremos el caso de Cartagena en detalle, pues hasta el momento es la única jurisprudencia específica sobre el tema de la discriminación racial.

El concepto de «racismo cotidiano» es desarrollado por Essed (2002; cf. Essed, 1991) con un doble propósito: hacer visible la *experiencia vivida* del racismo y analizar cómo las dimensiones de la desigualdad racial presentes en el orden social se activan y se reproducen a través de procesos rutinarios de prácticas cotidianas. La importancia del concepto radica precisamente en la práctica sistemática, recurrente y habitual en *lo cotidiano*, pues las situaciones y relaciones cotidianas se basan en rutinas, expectativas y significados considerados «normales», naturales, dados por supuesto. Los estereotipos y estigmatizaciones operadas en el racismo cotidiano no se reconocen, se invisibilizan y se suelen esconder bajo un rechazo formal a cualquier manifestación de discriminación racial institucionalizada, tal como lo veremos más adelante en la mencionada sentencia. El racismo cotidiano se expresa,

⁴Datos tomados de la Sentencia T-1090 del 26 de octubre de 2005, Corte Constitucional, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

sin embargo, de una manera solapada, en las expresiones utilizadas por los vigilantes de las discotecas de Cartagena o en las expresiones de los funcionarios entrevistados en una localidad en Bogotá cuando se refieren a la participación de la población negra en los programas de asistencia social. Las y los funcionarios, como lo plantea Viveros (2007),

atribuyen las desigualdades en lo referente al capital económico, cultural y social de las poblaciones negras de la localidad a distintas causas, algunas estructurales, como el menor acceso a la educación o las precarias condiciones de vida, pero también muchas veces a carencias subjetivas, como la falta de emprendimiento, de autoestima y laboriosidad, debidas muchas veces a factores «culturales», que les permite continuar creyendo [...] que no se trata realmente de discriminaciones.

En este artículo nos planteamos analizar los discursos circulantes en Colombia sobre la discriminación, particularmente la racial, y su cruce con discriminación por género o por pertenecer a población desplazada. Se realiza este análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional –que a su vez, en su argumentación, hace amplia referencia a los acuerdos internacionales y a la normatividad nacional y regional (en América Latina), ocupándose tanto de la discriminación negativa, como de la «inversa» o «discriminación positiva». Nos da lugar, por lo tanto, para discutir ampliamente los dos conceptos y su aplicación en Colombia. Argumentaremos que si bien todas las sentencias hacen referencia al principio general de la «no-discriminación», hasta el momento cada tipo de discriminación (racial, género, desplazamiento) es tratado mediante líneas y argumentaciones jurisprudenciales diferentes.

La discriminación racial, el género y el desplazamiento en la Corte Constitucional

La Constitución de 1991 reconoce y consagra el carácter multiétnico y pluricultural de la identidad nacional colombiana y los textos legislativos complementarios han buscado darles a las poblaciones indígenas y negras las mismas garantías de ciudadanía que se otorgan a los demás colombianos, mediante la figura de derechos compensatorios por el hecho de ser «diferentes». Estas medidas legislativas rompen con una tradición republicana fundada en la igualdad como principio abstracto e inauguran una nueva etapa en que se plantea la discriminación positiva (o acción positiva) como una vía de inclusión ciudadana a los grupos sociales excluidos (Cunin, 2003). El Procurador General de la Nación, en su concepto acerca del proyecto de ley que otorga una circunscripción nacional especial para grupos étnicos elabora la siguiente explicación:

en su formulación original, el principio de igualdad hacia abstracción de las particularidades sociales, étnicas y culturales de las personas; de ello se desprendía que el carácter común de la ciudadanía proclamado mediante la fórmula de la igualdad formal ante la ley era suficiente para proteger de manera adecuada los intereses de todos los hombres, no obstante las diferencias que éstos comportaran. No obstante, ante la exclusión de las personas pertenecientes a minorías que se derivó de esa concepción abstracta de la persona, el reconocimiento de derechos diferenciados antes que un privilegio se convirtió en un imperativo de los cuerpos normativos de las democracias contemporáneas sobre los cuales gravita el principio de la igualdad material, el cual recoge la experiencia histórica de acuerdo con la cual los postulados de la ciudadanía universal resultaron a la postre discriminatorios hacia las minorías⁵.

Por primera vez, las comunidades negras son consideradas grupos y actores sociales étnicos y el «derecho a la diferencia» sustituye la búsqueda de la indiferenciación en una identidad nacional construida a partir de una sola lengua, una sola raza y una sola religión. Las acciones positivas en aras de lograr una igualdad real, se extienden no sólo a los grupos étnicos (particularmente la Ley 70 de 1993 que otorga el derecho de territorio a las comunidades negras), sino también a las mujeres (la Ley 581 de 2000– Ley de Cuotas; Ley 82 de 1993 – Mujer Cabeza de Hogar, Ley 731 de 2002 –Mujer Rural, entre otras) y a la población que se encuentra en situación de desplazamiento por la violencia (pues así se puede entender la Ley 387 de 1997 que establece un sistema de atención especial a esa población, aunque su «diferencia» no es considerada de carácter permanente).

Es interesante ver que en el marco de esas novedosas –para el país– iniciativas legislativas, la jurisprudencia más extensa de los últimos años se ha desarrollado, efectivamente, sobre la discriminación *positiva*, particularmente con respecto a las mujeres y a la obligación del Estado de atender adecuadamente a la población desplazada⁶. En cambio, ha sido muy difícil encontrar una trayectoria jurisprudencial en materia de discriminación etnoracial *negativa* y en ese sentido podemos considerar

⁵ Sentencia C-169 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Revisión constitucional del proyecto de ley no. 025/99 Senado y 217/99 Cámara, por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia.

⁶ Los más conocidos son los debates e impugnaciones de la Sentencia T-025 de 2004 (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa) y los subsiguientes Autos de cumplimiento que obligan al Estado colombiano a cumplir con los mínimos de atención a la población desplazada. El último Auto, 092, significa un hito en la jurisprudencia al combinar las dos condiciones para la discriminación positiva y ordenar al Estado colombiano «proteger los derechos fundamentales de las mujeres en situación de desplazamiento forzado», argumentando su vulnerabilidad especial y el impacto desproporcionado del conflicto armado sobre ellas. Ver para una referencia más extensa, más adelante en este artículo.

la ya citada Sentencia 1090 de 2005 como un hito importante, que recoge varias definiciones relevantes, entre otras la de la Sentencia T-98 de 1994 sobre qué constituye el acto discriminatorio. En esta última, la Corte Constitucional define la discriminación como:

un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...)

El 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.

Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona⁷.

En varios apartes de esta definición la Corte refiere a procesos sociales y psicológicos (el acto inconsciente, la institucionalidad, la inserción en el modo de vida de la comunidad), que dan, implícitamente, una razón para la cuasiausencia de jurisprudencia sobre discriminación racial, pues ésta es muy poco percibida social o políticamente. En la Sentencia 1090 de 2005, la misma idea se desarrolla más explícitamente, al concluir la Corte la sentencia con un comentario que se acerca mucho a la idea del racismo cotidiano:

Si bien se sostiene que Colombia no ha erradicado las acciones de segregación y, que por el contrario, son visibles para los diferentes entes y organismos estatales, se tiene que el nivel de empleo de herramientas jurídicas y pedagógicas para cesar los actos atentatorios de los derechos fundamentales, es escaso, tanto por quienes son afectados como por las autoridades que deben

⁷ Sentencia T-098 de 1994. En el mismo sentido, en la sentencia de constitucionalidad sobre unas normas del Código Nacional de Tránsito, el pleno de la Corte consideró: «Pueden existir entonces tratamientos diferenciales entre personas o grupos de personas. Sin embargo, su compatibilidad con la Constitución dependerá de su grado de fundamentación. Así, cuando un criterio es utilizado para dar tratamientos distintos pero no obedece a razones constitucionalmente válidas, la medida deja de ser un supuesto del derecho a la igualdad y pasa a convertirse en todo lo contrario: un acto discriminatorio» (Sentencia C-106 de 2004, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández).

propender por la efectividad y garantía de sus derechos; *tal vez por el proceso de normalización que ha operado en nuestra sociedad de aquellas prácticas discriminatorias*, que ya no se perciben como tal, pero que existen y generan, en efecto, la discriminación⁸.

Ahora bien, para todas las líneas de jurisprudencia que se ocupan de la discriminación –sea ésta negativa, positiva, racial, por razones de género o de desplazamiento interno–, los puntos de referencia obligatoria son dos: el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 que se refiere al derecho a la igualdad⁹ y un concepto muy relacionado con el anterior que se conoce como el principio de la no-discriminación. Este principio, como podemos ver en su formulación, alude por un lado a las condiciones históricas y a los procesos socioculturales de valoración negativa de ciertas características, que en términos de Fassin podríamos llamar las «lógicas de producción» de la discriminación (Fassin, 2004), y por el otro a los procesos de aplicación de esas valoraciones en la vida cotidiana, mediante el uso de categorías o criterios que deberían ser irrelevantes para el trato de las personas y que en términos jurídicos se conocen como «los criterios sospechosos». Estos, como veremos más adelante en el caso de Cartagena, juegan un papel central en la argumentación jurídica de los fallos acerca del acto de discriminación que afecta los derechos fundamentales de la persona.

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos [...] Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, *aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.* [...] Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías 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) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) 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. (..) *El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas*

⁸ Sentencia 1090 de 2005 de la Corte Constitucional, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández. La puesta en negrilla es nuestra.

⁹ «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» – Constitución Política de Colombia, 2001, artículo 13.

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 igualdad¹⁰.

Los elementos centrales de este principio, como son la definición de discriminación, la valoración de los criterios sospechosos y la consideración del sometimiento histórico, se encuentran elaborados en la sentencia 1090 sobre el caso de Cartagena con que abrimos este artículo.

El caso de la sentencia 1090 sobre discriminación racial

Los representantes de las discotecas negaron rotundamente el acto de discriminación, alegando que los establecimientos estaban llenos y que por razones de seguridad, en esos casos, no se permite la entrada de ninguna persona, ya sean «blancas, negras, mestizas, altos, bajos, gordos o flacos». Frente a esas declaraciones se presentaron las de las amigas «blancas» de la persona que presentó la tutela, quienes afirmaron que el sitio no se encontraba lleno y que en otras ocasiones a ella sí las han dejado entrar y a sus amigas de tez negra se les ha negado el ingreso en las mismas discotecas.

La Corte, al conocer el caso, impugnó varias decisiones judiciales anteriores y expuso cuatro consideraciones para su fallo:

1. La no aceptación de las mujeres en las discotecas no se puede ver como un «hecho consumado» (es decir, cesación de la conducta violatoria a los derechos fundamentales, por la cual no procedería la tutela). En cambio considera que, en primer lugar, éstos hechos hacen parte de un conjunto de maniobras históricas y generales, sustentadas en la exclusión social, económica y política del grupo racial. La «simple» negativa de acceso a un establecimiento abierto al público es sólo una de las estrategias y prácticas de rechazo sustentadas en el prejuicio que materializan el estereotipo racial, tal y como lo denunció el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, que menciona concretamente la exclusión de establecimientos públicos como uno de sus ejemplos¹¹. En segundo lugar considera que

claro está, no hay hecho consumado cuando, perpetrados los actos de violación de los derechos fundamentales invocados y causado un daño, los efectos de éste persisten y son susceptibles de ser interrumpidos, merced a la orden de inmediato cumplimiento que imparte el juez, persuadido de la inconstitucionalidad de la actuación correspondiente.

¹⁰ Sentencia C-481 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia C-410 de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. El subrayado es nuestro.

¹¹ Organización de Naciones Unidas, 1999, *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Colombia*. Examen de los informes presentados por los Estados Partes, de conformidad con el artículo 9 de la Convención. CERD/C/304/Add.76. Vid.supra 6.2.3.

Más adelante concluye que no es posible admitir hecho consumado si «mediante la sentencia es posible restablecer la efectiva vigencia de los derechos fundamentales violados»¹².

2. La Corte no aceptó el argumento del «testigo sospechoso». El juez en primera instancia había desechado el valor de los testimonios recaudados a las amigas de la demandante por considerarlos supeditados a los intereses de ella. La Corte consideró que había falta de severidad en esa apreciación y llamó al principio de la sana crítica y la presunción de buena fe.

3. El argumento anterior se relaciona directamente con unos de los principios centrales de la tutela, que es la «grave afectación del interés colectivo», que en este caso se consideró aplicable.

4. La Corte hace una extensa revisión del «principio de la no-discriminación racial», citando la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales de la UNESCO y varios instrumentos a nivel interamericano¹³. Hace una extensa comparación con la discriminación *positiva* y considera que «cualquier juicio de diferenciación, para que sea legítimo, debe ser compatible con los valores de la Carta y que en todo caso no puede ser contrario a los criterios proscritos en el artículo 13 Constitucional». Luego constata que en este caso aplican los «criterios sospechosos», pues las mismas autoridades colombianas han aceptado en varias ocasiones que la población afrocolombiana ha sido objeto de sometimiento histórico, menosprecio cultural y de abandono social. Además, «los estereotipos ofensivos que utilizan los medios, las artes y la cultura popular tienden a perpetuar una actitud negativa hacia los negros y estas opiniones, con frecuencia inconscientes, se reflejan comúnmente en la política pública, cuando el Gobierno, a los distintos niveles, distribuye los limitados recursos del Estado»¹⁴. En varias sentencias anteriores se ha aceptado la situación de exclusión social, de marginalidad y de segregación de la comunidad negra, lo cual les cataloga como sujetos de especial protección y da pie a medidas especiales como el otorgamiento de títulos de propiedad colectiva¹⁵.

Es interesante ver cómo en casi todas las referencias constitucionales y jurisprudencia anterior, el tema de marginalidad y segregación territorial ocupa un lugar especial cuando se argumentan las medidas de especial

¹² Véase también la sentencia T-724 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentarías.

¹³ Entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica 1969) y diversos estudios de la CEPAL. Ver: Bello y Rancel, 2000.

¹⁴ Se cita aquí la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, 1999, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*.

¹⁵ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo transitorio 55. Sentencia C-169 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Sentencia T-422 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

protección a la población negra, sin que se mencione la discriminación como causal de dicha protección. Así lo demuestra la definición de «sujetos de especial protección» que se elabora en la sentencia sobre la naturaleza de la propiedad colectiva (T-422 de 1996):

Es un hecho notorio el que, en el contexto social colombiano, las diferencias y desigualdades se intersectan y se superponen unas a otras, convirtiendo a ciertos grupos en sectores particularmente vulnerables. Es así como las diferencias derivadas de la identidad étnica, del origen «racial» o de la afiliación política, coinciden con factores históricos, con desigualdades en el acceso a recursos económicos y a la participación en el sector público, generando un círculo vicioso de causalidades recíprocas que actúa siempre en detrimento de la colectividad en cuestión. El caso de las comunidades indígenas y negras es, a este respecto, paradigmático: localizadas, como regla general, en la periferia geográfica y económica del país, sufren de elevados niveles de pobreza y marginación económica. Por lo mismo, se ubican de inmediato entre los grupos que por sus condiciones de indefensión merecen una protección especial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 Superior.

Por primera vez, en el caso de Cartagena, el status constitucional de «sujeto de especial protección» es aplicado como argumento para aceptar los actos de discriminación *negativa*, sin referencia al tema territorial, pues en este caso la Corte argumenta que por ser sujetos de especial protección se sustenta la aplicación del concepto de «criterios sospechosos», cuando quiera que sean objetos de alguna diferenciación que haga referencia a sus características fenotípicas.

La Corte concluye entonces que la razón fundamental por la que se negó la entrada a la ciudadana es su «raza» y no que éstas se encontraran llenas durante la noche de navidad. En efecto en este caso se puede concluir que los establecimientos demandados han negado la entrada a los miembros de un grupo racial determinado salvo pequeñas excepciones soportadas en razón a su condición económica y social. Señala adicionalmente que en ningún modo el status o el nivel socio económico de una persona logre justificar su rechazo dentro de la comunidad y tampoco constituye factor admisible para que sea tenido en cuenta como sustento de la selección.

Procede entonces la tutela contra particulares no solo por la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, sino también por la afectación grave y directa de varios principios superlativos previstos en la Constitución y que rigen la colectividad, como el preámbulo y principios fundamentales de la Carta, así como el desconocimiento a los ideales democráticos, pues impide el desenvolvimiento participativo del

sujeto en la sociedad, y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia. La discriminación, en los anteriores términos, no afecta tan solo los derechos fundamentales sino que también desconoce y excluye directamente la existencia de la comunidad afrocolombiana y, además, varios de los principios fundadores de la comunidad internacional.

La Corte no se limitó a ordenar a los representantes legales de las discotecas que se abstengan de impedir que la accionante ingrese a sus establecimientos. Adicionalmente, dado que se ha establecido que las causas de la conducta discriminatoria radican en un prejuicio históricamente consolidado, impuso varias medidas de corrección, entre ellas: (1) un curso, por parte de la Defensoría del Pueblo, de promoción de los derechos humanos, orígenes de comunidades afrocolombianas, derechos de comunidades étnicas y diversidad cultural al país (a los representantes legales, socios y trabajadores de las discotecas); (2) la verificación de que no se incurra en adelante en prácticas de discriminación racial; (3) la exhortación al congreso para que se tramite un proyecto de Ley orientado a *sancionar* las prácticas o conductas de discriminación racial conforme la Convención y (4) una indemnización en dinero («en abstracto») por perjuicios morales. Al respecto la demandante había declarado que «estas palabras nos ofendieron e hirieron, haciéndonos llorar porque consideramos que como personas tenemos iguales derechos a los demás y no debemos ser discriminadas por nuestro color de la piel».

La importancia de la Sentencia 1090 radica entonces en su reconocimiento por primera vez, de un racismo cotidiano, con referente al color de la piel, sistemático, basado en razones históricas, reproducido por los medios de comunicación, activado en situaciones concretas pero ocultado bajo argumentos o excusas de otra índole.

Al respecto, vale la pena traer a colación otro reciente fallo de la Corte, en ese caso con referencia a una tutela apelando a la discriminación racial *positiva*, donde el color de la piel entra como un tema de debate como criterio de selección. Se trata de una mujer que pidió entrada a la facultad de medicina de la Universidad de Santa Marta apelando a los cupos especiales para comunidades afrocolombianas. La Corte revocó la sentencia de un juez de Santa Marta que le negó una tutela porque al igual que la Universidad, consideró que sus facciones no correspondían a las de un afrodescendiente (la noticia en el periódico *El Tiempo* aclara que ella tiene «piel trigueña, pelo lacio y rasgos finos»). Y luego advirtió a la Universidad que en adelante no podrá fijarse sólo en los rasgos fisonómicos para aceptar a un aspirante en su calidad de afrocolombiano. El presidente de la Asociación Colombiana Afrocaribe de la Zona Bananera, por su parte, calificó la situación como una

simple equivocación, al buscar unos rasgos para determinar si era afrodescendiente o no, defendiendo el apoyo que la universidad siempre ha dado a las comunidades minoritarias¹⁶.

En efecto, los debates en torno a los criterios de diferenciación para establecer si éstos criterios son admisibles en el sentido positivo, es decir, que aportan al trato justo o si más bien son «sospechosos», es decir que afectan negativamente el derecho a la igualdad, cuentan con una amplia documentación en la jurisprudencia reciente en torno, específicamente, a la definición de las comunidades «negras».

En los dos casos mencionados, el de la negación de entrada a las discotecas en Cartagena y la negativa de acción positiva hacia una mujer que reclama ser afrocolombiana para entrar a la Universidad de Santa Marta, la Corte ha considerado que las acciones se basaban en criterios sospechosos de «raza», asociada con ciertos rasgos fenotípicos (el color de la piel, el tipo de cabello etc.) que en ningún momento pueden dar cabida a formas de discriminación, ni negativa ni positiva. Esta consideración formal jurídica es de gran importancia por el sustento que da a las vivencias – muchas veces molestas– de *racismo positivo* experimentada por parte de población negra en la ciudad de Bogotá y que hemos analizado en otra parte (Meertens *et al.* 2005; Viveros, 2007).

Los «criterios de diferenciación» con respecto a las comunidades negras se han elaborado con gran claridad en la ya mencionada Sentencia C-169 de 2001, del Magistrado Ponente Carlos Gaviria, sobre las circunscripciones electorales especiales. En ella se establece claramente que las comunidades negras se hacen acreedores a los derechos especiales en tanto grupos étnicos, pero añade que ésta característica va más allá de la definición de su colectividad empleada en la Ley 70 de 1993¹⁷ (que está muy relacionada con la titularidad de derechos colectivos sobre la tierra), pues lo más importante es que se haga acreedor a los derechos consagrados en el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo. Esta norma internacional hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (1) Un elemento «objetivo», a saber la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (2) un elemento «subjetivo», esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. La legislación colombiana, concretada en la Ley 70, reconoce el cumplimiento de estos requisitos por parte de las

¹⁶ *El Tiempo* 2006.

¹⁷ «El conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de *la relación campo-poblado*, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos». (La letra cursiva es nuestra).

comunidades negras colombianas. La Corte reafirma ese reconocimiento en tanto «grupo étnico» como un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país, haciendo hincapié en su creciente identidad colectiva que las califica como un actor social emergente, con la siguiente argumentación:

[...] el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina «negro», a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época –puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los «palenques», pueblos de esclavos fugitivos o «cimarrones», y se sentaron las bases para que hoy aparece como una cultura propia–, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional¹⁸.

Más adelante, la Corte puntualiza que las «comunidades negras» no sólo son aquellas que habitan la Cuenca del Pacífico colombiano, sino también incluyen a «las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados (incluidos los raizales de San Andrés y Providencia)». Falta todavía, en esa argumentación, una precisión sobre el término «comunidades negras», pues no queda totalmente aclarada si la población afrocolombiana citadina, por naturaleza más dispersa, podría caer en la misma definición.

Por ende, la Corte hace unas aclaraciones que son de gran importancia para todos los debates sobre el tema de la «discriminación versus diferenciación» y que concretizan en el caso colombiano la aplicación del denominado «Test de Igualdad» (cf. Ridaura y Aznar coords., 2004). La Corte aclara que la denominación de «grupo étnico» es clave y precisa para hacerse acreedor del trato diferenciado, mientras que el término «raza», definitivamente, no se considera válido como criterio de diferenciación, pues el uso de éste implicaría, más o menos, regresar a los tiempos de la colonia.

¹⁸ Sentencia C-169, 2001, M.P. Carlos Gaviria, sub. 3.2.2.

[...] el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su «raza», puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún «razas puras», lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de «raza negra» y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional [...] debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.

Sin embargo, como hemos visto en las referencias a las prácticas cotidianas, por ejemplo de los funcionarios, las personas tratan de ser «políticamente correctas» en la terminología y hacen resistencia al uso de términos que refieren al color de la piel. Pero simultáneamente se ubican con más naturalidad en las creencias que aluden a las supuestas características de la «cultura» en que se mueven las personas pertenecientes a un determinado grupo étnico.

Sería interesante indagar más adelante sobre la asimilación o resignificación de esos criterios que deberían emplearse para determinar la afrocolombianidad, tanto por parte de la Universidad como por parte de las organizaciones «afro» regionales de la Costa Atlántica. Como hemos visto en otra parte (Meertens *et al.*, 2005), la definición de la afrocolombianidad se entremezcla con referentes identitarios regionales, con particular complejidad en la Costa Caribe, donde «el color de la piel» con toda su variedad de matices pierde fuerza como punto de identificación (cf. Cunin, 2003), aunque simultáneamente, como los vimos en el análisis de la sentencia, se mantiene vigente como referencia soterrada para los actos de racismo cotidiano.

Sin embargo, en todo ello hay un tema que brilla por su ausencia: el género. En el estudio en Bogotá, las mujeres negras desplazadas sufren una triple discriminación pero ésta se expresa a través de sutiles manifestaciones de rechazo o de aplicación de estereotipos naturalizados. Estas manifestaciones se dan de forma distinta según el espacio: en el laboral se asocia a las mujeres negras exclusivamente con el servicio doméstico y aún dentro de ese medio se sienten maltratadas: «Y cuando llegué» cuenta una mujer desplazada quien fue maestra de escuela en el Chocó, «las compañeras, si yo las tocaba así, se limpiaban [...] algunas me trataban mal [...] por ejemplo [decían] “negra háganos el tinto”». En el espacio de la vivienda por arrendar es donde más se

sienten discriminadas, como la expresó la mujer citada en el epígrafe, en relación con su calidad de madres: «las negras tienen muchos niños y hacen mucha bulla». Pero tal vez en el espacio de la calle es donde más se afecta en su dignidad de mujer:

Va uno en la calle y pasan personas en los carros y le gritan «María Jesús» [...] y las cosas se sectorizan, por ejemplo, va uno hacia el sur y hay una forma de discriminar y va usted hacia el norte, sobre todo a las mujeres, los señores le gritan a uno muchas vulgaridades [...], primero esto es por una visión que tienen de nosotras, porque se dice que la mujer afro sobre todo aquí se dedica a la prostitución [...] y la otra es porque no hay un respeto hacia nosotras las mujeres afros... (Mujer afro, desplazada por la violencia hacia Bogotá, entrevistada en julio 2005).

La sentencia 1090, al igual que aquellas en las que la Corte Constitucional ha abordado el tema de discriminación por género, está fundamentada en el desarrollo que se ha hecho del artículo 13 de la Constitución Política (criterios sospechosos, igualdad formal y sustancial) pero su particularidad es el desarrollo concreto del principio de no discriminación «racial». Se ratifica que se aplica el principio general de la no discriminación, pero dependiendo del grupo afectado, llámense mujeres, indígenas o afrocolombianos, se caracteriza con las particularidades concretas de los argumentos del grupo que realiza la reclamación, y no más. Llama la atención, entonces, no sólo la particularidad del tema racial, sino la falta de cruce con otras posibles discriminaciones y la ausencia de referencia alguna al hecho que las personas discriminadas sean mujeres. Nuevamente se confirma el desarrollo por separado de las diferentes líneas de jurisprudencia en torno a los diferentes tipos de discriminación. Veamos entonces por aparte algunas de las argumentaciones que se han desarrollado en torno a la discriminación por género, particularmente la que se dio en torno a los debates sobre la discriminación positiva de las mujeres.

La discriminación positiva apelada: el caso de las mujeres jefas de hogar

En materia de género, la Corte Constitucional ha identificado varias normas y conductas discriminatorias. Así, ha encontrado que viola la igualdad: consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer (Sentencia C-082 de 1999); negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país (Sentencia T-624 de 1995); que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges (Sentencia T-098 de 1994); exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer (Sentencia C-112 del 2000); que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos (Sentencia C-622 de 1997).

En todos estos eventos, la Corte ha concluido que las diferencias en el trato, lejos de ser razonables y proporcionadas, perpetúan estereotipos culturales y, en general, una idea central, y contraria a la Constitución, de que la mujer es inferior al hombre. (Otros casos de discriminación en razón del sexo, se pueden ver en las sentencias T-326 de 1995, T-026 de 1996, C-309 de 1996, y C-410 de 1996).

Igualmente, hay eventos en los que es indispensable hacer diferenciaciones en relación con el sexo. Por ejemplo, en materia laboral pueden presentarse casos en los que el sexo constituye una condición determinante en el ejercicio profesional, pero como lo señaló la Corte en la sentencia T-026 de 1996, estas hipótesis son excepcionales, y se debe demostrar que existe «una conexión necesaria y no de simple conveniencia entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo». Un ejemplo clásico que trae a cuento la doctrina, es el del director de cine que necesita un actor para desempeñar el papel de «galán». En dicho supuesto, mal podría exigirse que se seleccione a una mujer o cuestionar la selección como discriminatoria. Aunque no se menciona tan explícitamente en estas sentencias, la constatación de existencia de discriminación negativa se fundamenta en el uso de los «criterios sospechosos».

En la Sentencia C-964 de 2003¹⁹ que trata una «acción pública de inconstitucionalidad» contra dos artículos de la Ley 82 de 1983 «por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia», se encuentra una rica argumentación en torno a la relación entre discriminación negativa y discriminación positiva en el caso de las mujeres.

El demandante alega en este caso que las acciones especiales de apoyo a las mujeres cabeza de hogar establecen una discriminación injustificada entre las mujeres y los hombres cabeza de familia, sobre todo con respecto a los niños que dependen de unos y otros. Considera que los derechos de los niños priman sobre los demás y por ello el amparo por parte del Estado debe ser el mismo para ambos sexos.

La Corte, en sus consideraciones para negar la acción de inconstitucionalidad, alude a la dimensión sustancial de la igualdad y desarrolla varios conceptos definitorios de la que es la acción positiva. Se refiere

[...] 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, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos²⁰.

¹⁹ Sentencia C-964 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur.

²⁰ Sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2° de la Carta, de perseguir un orden justo. Las acciones afirmativas, 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.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte,

mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales²¹.

Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un 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. La misma Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dispone que: «la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención»²².

En las intervenciones que sustentan la decisión de la Corte, se destacan las razones históricas, «en donde se han identificado los diferentes roles y estereotipos culturalmente asignados al sexo femenino y al masculino que se han convertido en factores de discriminación de la mujer en diferentes ámbitos de la vida familiar y social» (ICBF); de la necesidad de protección frente a una realidad social de pobreza y de exclusiva responsabilidad económica: «la mujer desde muy joven se ve enfrentada a la obligación de responder por hijos, padres e inclusive por sus mismo cónyuges y compañeros, ya no solamente en su papel

²¹ Sentencia C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² CEDAW, 1979, art. 4

de formadora de la niñez y la juventud; sino como soporte económico de un núcleo conformado por personas que definitivamente dependen de su exclusivo esfuerzo» (DANE); y de la necesidad de hacer justicia:

la igualdad está íntimamente relacionada con la justicia y con la equidad; y que la igualdad supone que el legislador de un trato similar a quienes se encuentran en condiciones similares, razón por la cual nuestros legisladores han tratado de dar a las mujeres un equiparamiento en relación con los derechos y deberes de los cuales eran, hasta hace pocos años, titulares y beneficiarios únicamente los señores (Ministerio de Protección Social).

Finalmente, el Procurador General señala que las diferencias entre el sexo femenino y el masculino radican en las particularidades de la historia signada siempre por la discriminación y el marginamiento, lo que justifica el trato diferencial, pues la situación fáctica de la mujer en lo social, económico y cultural, es radicalmente distinta a la de los hombres. Resalta cómo esa circunstancia generó durante años el desconocimiento de los derechos de la mujer en todos los campos sociales; así como el establecimiento de estructuras de poder patriarcal, construidas sobre la base de la imagen masculina, de forma tal que la mujer tuvo que esperar muchos años para que su condición fuera reconocida jurídicamente, como un avance de la civilización política, pero no obstante ese hecho, esa condición actualmente es solo de carácter formal, pues la actividad femenina en varios campos de la vida social, aún es mínima, lo que da lugar a que en la sociedad colombiana la discriminación contra la mujer se mantenga vigente en el campo de la ciudadanía civil y social, a pesar de los diversos procesos legislativos que han buscado eliminar esta circunstancia. Considera, por consiguiente, que no existe discriminación en contra del varón, cabeza de familia, toda vez que la adopción de medidas especiales a favor de la mujer cabeza de familia constituye la más cabal de las realizaciones jurídicas del Estado Social de Derecho.

A estas argumentaciones, la Corte agrega algunas más, particularmente con referencia a la Sentencia C-371 de 2000 en la cual se declara constitucional la famosa Ley de Cuotas, 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, considerando

que el estímulo a la educación de las mujeres, que se impone, además, para toda la población en general, es sin duda esencial, pero con ello no se garantiza de manera eficaz el punto de llegada, o en otras palabras que la mujer, en un lapso corto, realmente acceda a los cargos de mayor jerarquía y de dirección en el poder público, que es en últimas el objetivo perseguido por el legislador.

En ese caso, la Corte había considerado que asegurar una cuota (un porcentaje) de mujeres en el poder era una medida razonable y proporcionada para garantizar su participación en un ámbito al cual les había sido tradicionalmente difícil acceder.

Acogiéndose a los anteriores conceptos y argumentaciones, la Corte resuelve en el caso de las cabezas de hogar, declarar *exequibles* las expresiones de «mujer» cabeza de familia, pero a la vez da por entendido que los beneficios especiales se pueden extender a los hijos menores de hombres que se encuentren en la misma situación de una mujer cabeza de familia.

Vemos entonces que los argumentos a favor de la discriminación positiva de las mujeres cabeza de hogar no son aceptados en la totalidad de sus consecuencias por la Corte Constitucional, en este caso, por existir otros derechos, los de los niños, hijos de hombres (se entiende solos, en familias monoparentales) cabeza de hogar. Sin embargo, la Corte agrega una interesante condición a la posibilidad de aplicación en el caso de los hombres, pues establece que «no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos. El hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento», invitando de esta manera a un cambio de roles y una apropiación verdadera de la actividad del cuidado por parte de los hombres.

Discriminación negativa y positiva en el caso de la población desplazada

La Sentencia T-025 de 2004, que responde a una acción de tutela, se ha convertido en referencia obligada tanto para el desarrollo y cumplimiento de la política pública en torno al desplazamiento, como para la formulación de demandas por parte de las organizaciones sociales de la población desplazada. En efecto, la sentencia-hito recoge el sentido y la argumentación de una gran cantidad de fallos anteriores, 17 en total, para proteger algunos de los derechos de la población desplazada: en tres ocasiones para proteger a la población desplazada contra actos de discriminación, y en los otros casos para proteger la vida e integridad; garantizar el acceso efectivo a la asistencia humanitaria, a los servicios de salud, el derecho a la vivienda, el acceso a la educación, derechos de los niños, derecho de movilidad y escogencia de domicilio, para mencionar algunos.

El argumento central de la sentencia gira en torno a la justificación de la discriminación positiva. Dice por ejemplo, que aplica el derecho a la igualdad²³, dado que (i) a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio

²³ Sentencia T-268 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

colombiano es precisamente su situación de desplazamiento, en virtud de ésta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos fundamentales que se acaban de reseñar, y también a discriminación y (ii) en no pocas oportunidades, el hecho del desplazamiento se produce por la pertenencia de la persona afectada a determinada agrupación o comunidad a la cual se le atribuye cierta orientación respecto de los actores en el conflicto armado y por sus opiniones políticas, criterios todos proscritos como factores de diferenciación por el artículo 13 de la Carta. Lo anterior no excluye, como se ha visto, la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de quienes se encuentren en condiciones de desplazamiento, lo cual de hecho constituye una de las principales obligaciones reconocidas por la jurisprudencia constitucional en cabeza del Estado²⁴. Pues, «el grupo social de los desplazados, por su condición de indefensión merece la aplicación de las medidas a favor de los marginados y los débiles, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, incisos 2° y 3° que permiten la igualdad como diferenciación, o sea la diferencia entre distintos»²⁵. A la vez, en estos mismos apartes citados en la nota 23, se reconoce la existencia de un doble factor de discriminación en el caso de los grupos étnicos o las mujeres desplazadas. En síntesis, «las medidas especiales a favor de los desplazados facilitan que éstos se tornen menos vulnerables, agencian la reparación de las injusticias derivadas del desplazamiento involuntario y se orientan a la realización efectiva de ciertos derechos de bienestar mínimo que constituyen la base para la autonomía y el autosostenimiento de los sujetos de desplazamiento»²⁶.

Finalmente, en esta sentencia, la Corte hace referencia de manera expresa a la discriminación de la población desplazada, dándole dos sentidos específicos: primera, en el sentido de la discriminación negativa, se interpreta a ésta básicamente en el sentido de la exclusión de los servicios sociales que debe garantizar el Estado y a la estigmatización de la cual la población desplazada suele ser objeto. Y en segundo lugar, a la discriminación positiva, permitida constitucionalmente para superar su situación de debilidad manifiesta.

²⁴ Ver, por ejemplo, la sentencia T-602 de 2003, en la cual la Corte enfatizó que «siempre que no sea posible el retorno al lugar de origen de los desplazados en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, la respuesta estatal debe articularse en torno a acciones afirmativas (...) que garanticen (i) el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación, (ii) la promoción de la igualdad, y (iii) la atención a minorías étnicas y a grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos, así como tampoco puede olvidarse que dentro de la población afectada un gran porcentaje son mujeres y, bien sabido es que éstas padecen todavía una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales. Para expresarlo en otros términos, la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual. *Las medidas positivas, entonces, deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores o las personas discapacitadas.*

²⁵ Sentencia T-098 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁶ Sentencia T-602 de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería.

Epílogo: conjugar el discurso y la práctica

En los dos sentidos anteriores en conjunción, se ha pronunciado la Corte Constitucional en el reciente Auto 092 (2008) sobre «Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado» en el marco del seguimiento a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en el campo del desplazamiento forzado, declarado por la Sentencia T-025 de 2004²⁷. Este Auto constituye un hito en la jurisprudencia, pues por primera vez se dedica una sentencia a la obligación constitucional de las autoridades colombianas de incorporar un enfoque diferencial de género dentro de la política pública de atención a las personas desplazadas por el conflicto armado, de tal forma que el sistema de protección sea sensible a las necesidades y vulnerabilidades específicas de las mujeres victimizadas por este fenómeno.

El otro aspecto interesante de este Auto es que se adopta un lenguaje de discriminación positiva hacia las mujeres y se sustenta esta decisión con numerosos argumentos y ejemplos demostrando el impacto desproporcionado del desplazamiento sobre ellas. En ese sentido se identifican diez riesgos de género para ser tomados en cuenta en las medidas de prevención, y dieciocho facetas de género en el campo de la atención, que se ubican tanto en «patrones de violencia y discriminación de género de índole estructural en la sociedad colombiana, como problemas específicos de las mujeres desplazadas, producto de la conjunción de los factores de vulnerabilidad que soportan». Las medidas que se adoptan constituyen, entre otras, ordenar la creación de trece programas específicos por parte del Gobierno Nacional, entre ellos se encuentra un Programa especial de *Protección de los Derechos de las Mujeres Afrodescendientes desplazadas*.

Si bien con la Sentencia 1090 sobre el caso de Cartagena se sentó un precedente en el reconocimiento formal de la existencia del racismo cotidiano en Colombia, la reflexión sobre cómo ese racismo se reviste de rasgos específicos a partir de imaginarios y prácticas cotidianas de género y éstas a su vez exacerbadas en situaciones de conflicto armado y desplazamiento, todavía está por desarrollarse. En ese sentido, el discurso oficial emprendido en el Auto 092, así como la exigencia de responder con programas estatales concretos, tendrá que recurrir al análisis de las prácticas cotidianas, no de un solo acto, sino de los *cruces discriminatorios* de género, raza y desplazamiento, entendido este último, no sólo desde la normatividad como una violación de derechos humanos, sino también desde la subjetividad cotidiana, como una etiqueta de *otredad* que suele generar nuevas desigualdades

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, 2008, Auto 092, «Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado». Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, mayo 23.

sociales. Para ello hay que pensar acciones que transformen también las estigmatizaciones y las prácticas cotidianas de discriminación que se derivan de ellas. He aquí el gran reto, para la Corte, para el Gobierno y para las organizaciones sociales que, según ordena el Auto, deben participar en su elaboración, para formular una política pública que sea comprehensiva, inclusiva, equitativa y reconocedora de la diversidad.

Sentencias y Autos de la Corte Constitucional de Colombia

- 1994, Sentencia C-410, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- 1996, Sentencia T-422, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 1998, Sentencia C-481, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero
- 2000, Sentencia C-112, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- 2001, Sentencia C-169, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- 2002, Sentencia T-098, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
- 2003, Sentencia T-268, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
- 2003, Sentencia T-602, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería
- 2003, Sentencia C-964, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur
- 2004, Sentencia T-025, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
- 2004, Sentencia C-106, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández
- 2005, Sentencia T-1090, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández, 26 de octubre.
- 2008, Auto 092, «Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado». Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, mayo 23.

Bibliografía

- Arango, Luz Gabriela, 2007, «Género, discriminación racial y trabajo en sectores populares de Bogotá», ponencia presentada en el 12° Congreso Nacional de Antropología, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Bello, Alvaro y Marta Rancel, 2000, *Etnicidad, «Raza» y Equidad en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL.
- Constitución Política de Colombia, 1991.
- El Tiempo*, 23 de julio de 2006, «No tiene piel negra , pero entró a la U como afro», sección Nación, p. 1-7.
- Essed, Philomena, 2002, “Every Day Racism: A New Approach to the Study of Racism” en Philomena Essed and David Theo Goldberg (eds.) *Race Critical Theories, Text and Context*. 177-194. Oxford. Blackwell.

- Essed, Philomena, 1991. *Understanding Every Day Racism*. Londres, Sage.
- Ridaura Martínez, María Josefa y Mariano Aznar Gómez (coords.). 2004. *Discriminación versus Diferenciación*. Valencia (España), Tirant lo Blanch.
- Meertens, Donny, Mara Viveros y Luz Gabriela Arango «Discriminación étnico-racial, desplazamiento y género en los procesos identitarios de la población negra en sectores populares de Bogotá» ponencia presentada al Seminario Internacional *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe*, CLACSO-CROP, Cali, noviembre de 2005.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*.
- Organización de Estados Americanos, 1969, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José)*, Costa Rica.
- Organización de Naciones Unidas, 1999, *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Colombia. Examen de los informes presentados por los Estados Partes, de conformidad con el artículo 9 de la Convención*.
- Organización de Naciones Unidas, 1979, *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres -CEDAW-*
- Viveros, Mara, 2007, Discriminación racial, intervención social y subjetividad. Reflexiones a partir de un estudio de caso en Bogotá. *Revista de Estudios Sociales* 27: 106-121.