



Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas

ISSN: 1657-8953

yadira.caballero@usa.edu.co

Universidad Sergio Arboleda

Colombia

Wiesner Morales, Luis Roberto

La acción afirmativa en la Constituyente de 1991

Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 7, núm. 13, julio-diciembre, 2007, pp. 61-79

Universidad Sergio Arboleda

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100221524004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La acción afirmativa en la Constituyente de 1991*

Luis Roberto Wiesner Morales**
Investigador
Universidad Sergio Arboleda

Resumen

El estudio está dedicado a la historia y el surgimiento de la acción afirmativa en la Constitución de 1991, particularmente, en los artículos 13-2 y 13-3 del texto constitucional. El lector conocerá acerca de la inspiración en las fuentes que aportaron el Derecho de los Estados Unidos y el de Italia y podrá seguir las discusiones en la Asamblea Constitucional donde se estatuyó la protección de los discriminados, los marginados y los débiles. También entrará en la discusión de ciertos puntos como la utilidad de la acción afirmativa para combatir la pobreza y la limitación de los grupos por favorecer.

Palabras clave

Acción afirmativa, igualdad real, discriminación, marginalización, debilidad, pobreza.

Abstract

The study is devoted to the history and the inception of affirmative action in the Constitution of 1991 particularly, on articles 13 - 2 and 13 - 3 of the constitutional text. Readers will learn how the Laws of the United States and Italy were the sources that inspired it and they will follow the discussions in the Constitutional Assembly where protection for the discriminated against, the marginalized and the weak was enacted. They will also enter in the discussion of certain points as the usefulness of affirmative action to fight poverty and the limitation of the groups to be favored.

Key words

Affirmative action, real equality, discrimination, marginalization, weakness, poverty.

Fecha de recepción del artículo: 12 de octubre de 2007

Fecha de aprobación del artículo: 16 de noviembre de 2007

* Resultado del proyecto de investigación "Un derecho para los débiles: acciones afirmativas y medidas de protección especial en los sistemas norteamericano y colombiano". Proyecto de investigación avalado y financiado por la Universidad Sergio Arboleda - Grupo de investigación DE LAS CASAS - Categoría B. Colciencias.

** Abogado Universidad de Los Andes (1979), Master of Laws (L.L.M.), Duke University, Durham, Carolina del Norte (1981); Director Grupo "De Las Casas" para la investigación en derechos humanos; investigador Escuela de Derecho, Universidad Sergio Arboleda.(2000 -)

Problema de investigación y método

El problema de investigación se resume en la pregunta: ¿Tiene cabida la acción afirmativa en el derecho constitucional colombiano, en particular, en los incisos segundo y tercero del artículo 13 C.P.? Esta pregunta liminar se ramifica en cuatro interrogantes: (a) ¿cuál es la naturaleza y cuáles los alcances de la acción afirmativa?; (b) ¿cómo se gestó y desarrolló en los Estados Unidos?; (c) ¿cómo llegó esa institución al artículo 13 de la Constitución vigente y por último, (d) cuál fue su impacto en la jurisprudencia constitucional y en la legislación? El artículo a la disposición del lector responde el literal (a) en lo que hace a Colombia y se concentra en la cuestión planteada en el literal (c).

La investigación se apoyó en un método ecléctico, con elementos del método histórico que permite contemplar la evolución de la institución en Estados Unidos y en Colombia. Se aplicaron igualmente elementos de la dogmática jurídica para encuadrar la acción afirmativa en el sistema jurídico colombiano y particularmente en la Constitución. Por añadidura, se apeló a la sociología del derecho que permitió sopesar los alcances de la institución en su contexto original y en el medio colombiano.

Introducción

El texto que sigue es el resultado del avance parcial que se inscribe en el contexto de un ejercicio investigativo más amplio, aprobado por la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Civilizar. Esta investigación busca poner a prueba una hipótesis que discurre en los siguientes términos: (a) La llamada Acción Afirmativa en el sistema jurídico colombiano; (b) Está inspirada en el modelo norteamericano (*affirmative action*) y en menor grado en el texto constitucional italiano; (c) Excede, sin embargo, el concepto angloamericano original (d) No sólo es un instrumento para la interdicción de la discriminación; (e) Además constituye el fundamento de un derecho para los débiles.

Hoy nos circunscribiremos a un aspecto histórico de la acción afirmativa en Colombia: su inserción en el Derecho colombiano a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y procederemos a destacar cuál fue el nexo con la figura jurídica Estadounidense, cuáles las vías que le permitieron llegar al debate surtido en la Asamblea Nacional Constituyente. Repasaremos las aristas principales de ese debate, para explicar el texto actual de los incisos segundo y tercero del artículo 13 CP, para finalizar con una digresión alrededor de la pobreza como posible objetivo de la medida que se estudia.

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia reza así:

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 en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan.

Migración al sistema constitucional colombiano

En un artículo previo (Wiesner, 1990), el autor describió la migración del concepto de acto de comercio, desde Francia Napoleónica (1808) hacia Colombia (1853), que para el momento de la receptación de la institución jurídica, era un país atrasado, prácticamente sin comercio al cual aplicarle la teoría. En ese caso la institución pasó de un sistema a otro de manera espontánea, no planeada, sin que los responsables introdujeran

el acto de comercio a la manera de una innovación jurídica.

En el evento de la acción afirmativa plasmada en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución vigente, esa travesía fue consciente, se produjo como resultado de la intención expresa de aclimatar en el nuevo ordenamiento constitucional colombiano una medida polémica que se gestó, probó y debatió en Estados Unidos en las tres décadas anteriores (Anderson, 2004).

La acción afirmativa fue promovida por el Gobierno Nacional, y más específicamente, por la Consejería Presidencial para la Reforma de la Constitución, dirigida por Manuel José Cepeda Espinosa, hoy Magistrado de la Corte Constitucional. Cepeda, uno de los impulsores principales de la Constitución de 1991, tuvo la gentileza de concederle al autor una entrevista sobre el tema y respecto de la coyuntura que se comenta (Cepeda, 2006) admitió ser el inspirador de la inclusión del mecanismo de acción afirmativa en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Gobierno Nacional del Presidente Gaviria a la Asamblea Constituyente como Proyecto No. 2 (Gobierno Nacional, Proyecto, 1991).

Cepeda Espinosa reveló que las fuentes de la iniciativa de reforma, en cuanto a la igualdad real y los medios para alcanzarla, se ubican en el Derecho constitucional Italiano y en el Derecho Estadounidense. En relación con este último, la Consejería Presidencial solicitó la opinión del jurista y filósofo del Derecho, Ronald Dworkin, conocido por sus opiniones y escritos sobre el derecho a la igualdad. (Dworkin, 2003).

Manuel José Cepeda dejó en claro que la acción afirmativa en su forma original protege al grupo discriminado, no al integrante de ese grupo. Fue desde un comienzo una medida con tinte social, sólo que en los Estados Unidos estaba dirigida a combatir una discriminación racial histórica y evidente que se había extendido como una hipertrofia maligna a toda la sociedad Estadounidense.

En el Proyecto del Gobierno Nacional en cambio, se postularon las acciones afirmativas por motivo o con ocasión de situaciones de marginación social y de pobreza, las cuales constituyen motivaciones ajenas a la *affirmative action* estadounidense, como lo corroboró el profesor Dworkin, pero admisibles en el Ordenamiento Constitucional Italiano como acciones positivas para superar las causas económicas de la injusticia social.

El Gobierno Nacional adoptó en su proyecto el modelo Estadounidense y postuló las acciones afirmativas como medidas a favor de los grupos víctimas de la discriminación, pero adicionalmente permitió su aplicación a situaciones de marginación social y de pobreza, en un giro social que revelaba la influencia del Derecho Constitucional Italiano. Manuel José Cepeda recordó que Dworkin encontró que la extensión de la acción afirmativa a situaciones de marginación y pobreza era extraña al modelo concebido en los Estados Unidos.

Cepeda, al reconocer la autoría del proyecto gubernamental de reforma, y en especial, la responsabilidad por haber incorporado en el mismo la noción jurídica y administrativa de la acción afirmativa, reconstruyó para nosotros el puente que él mismo tendió entre la idea de justicia racial que animó a las Administraciones Kennedy y Johnson en los Estados Unidos y la Constitución de 1991, con todas las implicaciones teóricas y prácticas que esto conlleva.

Claro está, no se podía traer la institución jurídica *in toto*, sin filtrar sus desventajas y sin un ejercicio de adaptación. A manera de ejemplo, Cepeda recordó cómo la Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó en los fallos líderes sobre acción afirmativa tales como *Bakke* y *Richmond*, un énfasis excesivo en la carga de quien debía probar la existencia de una discriminación actual o de los efectos de la misma, es el llamado "test" estricto, que exige probar más allá de toda duda razonable que la medida de acción afirmativa bajo examen no constituye un tratamiento

discriminatorio sin apoyo en una finalidad legítima (Wiesner, 2006, pp 43 -47). En Colombia se aliviaría esta carga. En efecto, el inciso segundo del artículo 13 CP formaliza la existencia de unas finalidades legítimas que no constituyen discriminación maligna ni vulneran el principio de la igualdad formal, ni la cláusula de igual protección que se desprende de tal principio (artículo 13 inciso primero CP)

De igual manera, el objetivo de la acción afirmativa fue revisado y ampliado. En Estados Unidos la medida estuvo vinculada a la discriminación racial contra la minoría negra. Las acciones afirmativas a favor de las mujeres y de otras minorías desprotegidas fueron prolongaciones de ese cometido original.

En Colombia, como lo dijo el proyecto gubernamental, las circunstancias son diferentes y era preciso aplicar las medidas de favor a una situación crónica de marginación, subdesarrollo y pobreza. En ese punto, el Gobierno Nacional introdujo elementos de la Constitución y de la Doctrina Italiana para combatir la marginación, la pobreza y la discriminación con fundamento en la riqueza y el poder económico. Lo hizo a sabiendas del riesgo que se corría de desdibujar el modelo original gestado en Estados Unidos, pero invocó con razón, las diferencias entre las dos sociedades, con problemas diferentes. La Constitución Italiana aborda el tema de la acción afirmativa en el artículo 3.2 de su texto y enfila la acción del Estado contra las injusticias del pasado y las disparidades que se generan por causas naturales. Pizzorusso explica que la finalidad última de este tipo de acciones es una "vida decorosa y segura" para todos, que haga efectiva esa "libertad frente a la necesidad" que predicó Franklin D. Roosevelt (Pizzorusso, 1984, p. 165).

El autor en comentario destaca que esa "tutela positiva" contra la discriminación, tiene un objetivo doble: suprimir las discriminaciones presentes y remover las consecuencias de la discriminación pasada para hacer efectivo un "principio de igualdad sustancial" o material, que en sus

palabras, "es ciertamente el más pleno de los significados políticos entre todos los que la Constitución propone a los italianos" (Pizzorusso, 1984, pp. 171-172).

El autor nos enseña cómo esa igualdad material no se limita a la mera interdicción de la discriminación y de sus efectos, sino que además busca "remover los obstáculos de 'orden económico y social' que limitan 'de hecho' la libertad y la igualdad de los ciudadanos", para hacer efectiva una "justicia social" en la cual se garantice a todos un *standard* mínimo material y se erradique el "parasitismo" social y económico que es la impronta de la acumulación de capital sin provecho social. (Pizzorusso, 1984, p. 172)

El tono fuerte y decidido del Doctrinario Italiano deja en evidencia el influjo que ejercieron en la Constitución y la Doctrina Italiana en el Proyecto Gubernamental Colombiano de reforma. En ambos textos se utilizó el esquema general del artículo sobre igualdad, con la segmentación del principio entre (a) igualdad formal (b) prohibición de la discriminación y (c) principio de igualdad sustancial (Pizzorusso, 1984, p. 165); lo que es más importante, se acogió la noción de "tutela positiva" con el propósito de enderezar cargas económicas y sociales, para hacer justicia social. Este postulado haría eco en el Proyecto del Gobierno Nacional Colombiano y como se verá en los debates ante la Asamblea Nacional Constituyente.

El proyecto del Gobierno Nacional

El Gobierno Nacional radicó en la Secretaría de la Asamblea Nacional Constituyente un proyecto de acto reformatorio de la Constitución, que más tarde sería conocido como el Proyecto No. 2 y que aparece en la Gaceta Constitucional No. 5 del viernes 15 de febrero de 1991, pp. 1 - 31. Por primera vez en Colombia se le dio al principio de igualdad un tratamiento consciente y elaborado, se ubicó desde un principio en el artículo 13 de la nueva Carta Constitucional (Gaceta Constitucional No. 5, p. 2).

El inciso segundo del artículo 13 propuesto articuló por primera vez las medidas de favor que conocemos como acciones afirmativas. En él se contemplaba que el Estado y sus autoridades serían los sujetos activos de las acciones, sin que estas dieran nacimiento a una obligación exigible jurídicamente, pues la expresión "puedan" daba a entender que el Estado no estaba compelido para actuar en modo de acción afirmativa.

El Proyecto No. 2 del Gobierno traía un nuevo artículo 13 que incluía en un primer numeral los principios de igualdad formal, igual protección e interdicción de la discriminación, y además, contemplaba en el numeral 2° lo siguiente: "2. Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables para alcanzar objetivos legítimos ni para que las autoridades puedan adoptar medidas que concedan ventajas en interés de grupos que han sido víctimas de discriminación o se encuentran marginados o en situaciones de pobreza." (Gaceta Constitucional No 5, p. 2.).

El Proyecto No. 2 insistió en que el artículo referente al principio de igualdad fuera el 13 y dispuso que el texto del anterior artículo 13 -extranjeros que traicionan al país fuera integrado en el artículo 22 del proyecto. Independientemente de las razones, el número 13 y el principio de igualdad, quedaron vinculados a partir de ese momento.

Nótese la relación entre este inciso segundo y el que lo antecede; las medidas en interés de las poblaciones vulnerables eran presentadas como una excepción a los principios de igualdad formal, de igualdad de trato y de interdicción de la discriminación que informan el primer estrato del principio de igualdad.

La expresión "Lo anterior no obsta" tenía el propósito de evitar el sin sentido que se evidenció en el tratamiento judicial de la acción afirmativa ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Debe recordarse que en el origen de los casos más relevantes, tales como: *De Funis*, *Bakke*, *Fullilove* o *Richmond* se encontraba una

percepción de injusticia perpetrada contra los blancos desplazados por aspirantes negros a cargos, contratos o cupos universitarios. Ese convencimiento llevó a los afectados a demandar por supuestas violaciones de la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución Americana, que proclamó la igualdad de trato por parte de las autoridades y que ha venido a conocerse como la Cláusula de Igual Protección.

Es así que las primeras demandas contra las acciones afirmativas se fundamentaban en una interpretación equivocada del principio de igualdad forma en la cual se tenía a la acción afirmativa como una vulneración de esa igualdad elemental a la que todos tienen derecho. No repararon los actores que esas medidas especiales de favor, aparentemente discriminatorias, no tenían como propósito anular, degradar y disminuir a los no elegidos, sino por el contrario, elevar la posición de unas poblaciones sometidas desde siempre a un trato discriminatorio malévolo en extremo (Wiesner, 2006, pp. 32-36).

Tanto el numeral segundo en el artículo 13 del proyecto del Gobierno, como el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución, previenen el absurdo de atacar normas y medidas de igualdad material, con el argumento de su potencial para violentar la igualdad formal. El artículo 13, al reconocer el principio y el derecho a la igualdad formal y a renglón seguido proponer las acciones afirmativas en defensa de los grupos desaventajados, impide de plano una argumentación como la planteada en *De Funis* y *Bakke*.

El verbo rector de las acciones o medidas a tomar era aquel de "adoptar" medidas, y de él se desprendía el verbo de "conceder" ventajas que constituye el meollo de la acción afirmativa. Los sujetos colectivos que se beneficiarían de la acción del Estado encajaban en las siguientes categorías: (a) grupos víctimas de discriminación; (b) grupos marginados y (c) grupos en condiciones de pobreza. De esta manera, el núcleo original de la *affirmative action*, que era la interdicción de la discriminación, se amplió en el

proyecto del Gobierno a la protección de los marginados y los pobres.

En el texto del Proyecto de Acto Reformatorio presentado por el Gobierno Nacional y publicado por la Presidencia de la República aparecen las explicaciones del alcance del artículo propuesto y que contenía seis elementos a saber: (1) un principio general; (2) una prohibición de discriminar; (3) un régimen especial para distinguir por edad, condiciones mentales o físicas; (4) la autorización para hacer distinciones "razonables" por motivos "legítimos"; (5) "la posibilidad de conceder ventajas a grupos que se encuentran en especiales circunstancias de debilidad o que han sido marginados" y (6) un principio de "igual consideración", que no prosperó. (Presidencia, 1991, p. 112).

El numeral quinto es el pertinente y en él nos concentraremos. El Proyecto explicaba así la inclusión de tal posibilidad;

En dicho elemento, el artículo permitiría que se concedieran ventajas en favor de grupos que hayan sido **víctimas de discriminación** o que se encuentren **marginados** o en condiciones de **pobreza**. Este tratamiento favorable se justificaría como mecanismo para compensar y corregir las situaciones de desigualdad en que se encuentran como producto de una censura social reprochable, de la injusticia social o de las inequidades de la distribución de los beneficios del progreso. Se trataría entonces, de corregir la situación de aquellos que se encuentran en circunstancias de debilidad o desventaja, para lograr la igualdad real, promover la movilización social y el pluralismo (Presidencia, Proyecto de Acto Reformatorio, 1991, p. 113, negrilla incluida).

El Proyecto, al explicar el alcance del artículo 13, agregó:

En este punto, el artículo propuesto sería un avance frente a la experiencia de otros

países. La posibilidad de establecer estas ventajas ha sido tradicionalmente aplicada en favor de grupos étnicos y se conoce con el nombre de *affirmative action* en los Estados Unidos. La propuesta ampliaría la posibilidad para corregir las desigualdades que tienen origen en la pobreza y el marginamiento, además de las provenientes de la discriminación. De esta forma se adaptaría el principio de igualdad a la realidad y las necesidades colombianas." (Presidencia de la República, 1991, p.113, cursiva incluida)

El párrafo citado pone de presente la influencia del Derecho Estadounidense, que como bien lo dice el proyecto, contempla la acción afirmativa desde una perspectiva restringida a la discriminación étnica. La esclavitud, el racismo, la discriminación y la marginación de la colectividad negra desde su llegada a América fueron la mácula principal del proyecto político norteamericano, y consecuentemente, era el foco de atención de los reformistas.

Coincidimos con la apreciación del texto citado; la formulación del Proyecto Gubernamental es un avance teórico y práctico respecto de la matriz Estadounidense al enriquecer el abanico de objetivos con la protección de los grupos marginados y de aquellos en condiciones de pobreza. La *affirmative action* Estadounidense se enfocó, casi exclusivamente, a la erradicación de la discriminación racial porque ese era el conflicto más traumático de la sociedad; otros grupos marginados como los nativos americanos; los descendientes de asiáticos o los inmigrantes latinos, se beneficiaron de la medida, pero no eran su causa principal.

Colombia, y para el efecto, Latinoamérica, es una región donde la pobreza es endémica y extendida, donde las minorías son invisibles y carecen de representación efectiva, como ocurre con los indígenas, los afroamericanos, las comunidades campesinas y los segmentos de población urbana que están fuera del circuito de

la economía formal sea temporalmente o de manera permanente en el caso de personas de la tercera edad, indigentes, ciertos discapacitados y aquellas personas que asumen el carácter de desempleados permanentes. Todos ellos son "desafiliados" en palabras de Robert Castel, es decir, sin redes de protección ni circuitos sociales a los cuales pertenecer, sin un lugar en la sociedad. (Castel 1997, p.16)

El proyecto extendió a estos sectores el manto protector de la acción afirmativa, lo cual es encomiable y generoso, pero cabe preguntar si es una aplicación práctica de la institución. Dworkin se mostró sorprendido con esa extensión de la *affirmative action* como lo narra el Magistrado Cepeda. Hay que ponderar la efectividad de una medida especial a favor de la mayoría. ¿Se confundiría acaso con esas medidas de asistencia pública enunciadas en el artículo 19 de la Constitución de 1886, o de las medidas de intervención a favor de las clases proletarias, en la búsqueda de la justicia social como lo predicaba el artículo 6° del Acto Legislativo No 1 de 1968?

La iniciativa para la protección de los débiles

El Proyecto de Acto Reformatorio número 13, presentado por María Teresa Garcés, propuso una forma alternativa de acción Estatal, divergente de la acción afirmativa del Proyecto de Acto Reformatorio No. 2 que se analizó. Garcés se preocupó de predicar la necesidad de proteger a las poblaciones débiles y vulnerables. Su énfasis era en los individuos desaventajados en lugar de los grupos desaventajados. Esta iniciativa no corresponde a la noción tradicional de acción afirmativa, afinada en el principio de igualdad real, sino más bien, a una concepción pietista de ayuda a los menos favorecidos, a los necesitados que se inspira, no solo en el principio de igualdad, sino en el principio elemental de solidaridad.

María Teresa Garcés propuso la noción de personas en circunstancias de debilidad por condiciones determinadas en su Proyecto de

Acto Reformatorio No. 13, que obra a páginas 10 a 20 de la Gaceta Constitucional número 10 del miércoles 20 de febrero de 1991. A página 10 de la Gaceta mencionada aparece un artículo nuevo sobre igualdad que dice en su último inciso: "El Estado brindará especial protección a aquellas personas que por su condición física o mental, o por su edad o sexo se encuentren en circunstancias de debilidad y sancionará drásticamente los abusos o maltratos que contra ellas puedan cometerse."

El artículo propuesto era el embrión del actual inciso tercero del artículo 13 de la Constitución por las siguientes razones: (a) estaba inserto en el artículo relativo al derecho y principio de igualdad; (b) la protección ofrecida por el Estado debía ser "especial" es decir, más intensa que la protección ordinaria que se dispensa a todas las personas por las autoridades; (c) enunciaba unos factores de debilidad tales como las condiciones físicas y mentales, el sexo o la edad; (d) mencionaba el estado de debilidad (posteriormente se cualificaría como manifiesta) y (e) proscribía los abusos o maltratos contra esas personas tal como quedó en el texto aprobado.

Garcés vino a sustentar el anterior párrafo en su alocución del 22 de febrero de 1991 que aparece en la Gaceta Constitucional No. 15 a páginas 6 a 14. Garcés mencionó en su exposición la profunda inequidad en la distribución de los ingresos endémica en Colombia, que impone al Estado un deber de corrección de desigualdades y de las circunstancias del subdesarrollo. En la página 7 la autora del proyecto vinculó la igualdad a la protección de las personas en situaciones de debilidad. El tenor de la intervención y del artículo es de compasión, de conciencia respecto de la situación en la que se encuentran aquellos que no pueden defenderse, que no pueden cumplir con los estándares normales, ni competir en condiciones de igualdad. Desde el punto de vista de la Constituyente Garcés, se trata de un subtema de la igualdad, pero en su variante negativa: determinar quiénes no pueden ser iguales y cómo se los protegerá.

En la página 10 de la misma Gaceta, aparece un fragmento que arroja luz sobre la razón de ser de la propuesta. Garcés exigió una presencia del Estado más activa en materias de seguridad social, de protección de los recursos naturales y del ambiente, una intervención en la función trabajo, en la educación y en la justicia. Agregó que es misión del Estado colombiano velar "por la defensa de los desvalidos, los marginados y las comunidades minoritarias". La fórmula de María Teresa Garcés se proponía defender intereses, grupos y personas que juzgó desprotegidos, intereses de la mayor importancia como el ambiente y los recursos naturales pero carentes de un valor económico o político que garanticen su defensa. En esta línea había que mencionar el interés social, colectivo de proteger a las personas débiles, que no pueden protegerse a sí mismas.

Para el Constituyente Iván Marulanda, esas minorías marginadas son hoy mayoría y constituyen el problema central de Colombia. No se trata de un problema colateral sino del problema medular (Gaceta 18., 1991, pp. 9–11). Marulanda consideró en ese momento que la incorporación de esas minorías era la clave para alcanzar la paz. Al respecto es bueno precisar que la existencia de minorías marginadas, discriminadas y en estado de debilidad, comparte el primer puesto entre los problemas del país con la situación de violencia interminable que nos acosa.

La historia de los 15 años siguientes a la Constituyente mostró que la paz no dependía de la redención de los pobres, los marginados y los débiles, pues a pesar de los esfuerzos para combatir esas patologías sociales, el conflicto sigue alimentado por los dineros del narcotráfico, de la extorsión y del saqueo a las administraciones locales, fuentes todas que alimentan a ejércitos privados dirigidos por señores de la guerra de las tendencias más diversas, autónomos, separados de sus motivaciones originales y presos de la dinámica de la conflagración en la cual están inmersos.

La discusión en la Asamblea Nacional Constituyente

El debate sobre la igualdad en general y sobre la acción afirmativa en particular se dio en las Comisiones Primera (Principios, derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales) y en la Comisión Codificadora. La aprobación se produjo en Plenaria, y el texto resultante fue modificado por la Comisión de estilo. Se analizarán los debates más significativos.

Comisión Primera. Sesión del 16 de abril de 1991

La Comisión Primera quedó a cargo del tema de la igualdad, entre otros derechos fundamentales, y le correspondió estudiar y debatir el Proyecto Reformatorio de la Constitución No. 2 presentado por el Gobierno Nacional. Como se verá, tan pronto llegó el Proyecto No. 2 a manos de la Comisión Primera, su contenido empezó a distorsionarse. El texto que aparecía como el numeral segundo del artículo 13 del proyecto gubernamental fue criticado por algunos (Germán Toro, Otty Patiño, Juan Carlos Esguerra, Augusto Ramírez) para ser posteriormente recogido en el texto presentado por el constituyente Jaime Arias que fue aprobado con modificaciones. A continuación se destacan las aristas principales de la polémica.

El Ministro Humberto De la Calle Lombana intervino para defender el Proyecto Gubernamental. Advirtió que en el estudio del principio de igualdad era preciso evitar una apelación al igualitarismo económico, a la búsqueda de una igualdad burda de reparto de bienes por igual. En su criterio, era preciso distinguir las condiciones de inferioridad, en particular aquellas de sentido económico para corregir las desigualdades existentes. (Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución/ANC, 1993, p.2)

El Ministro De la Calle fue enfático en señalar el efecto nocivo de una aplicación a ultranza de

la igualdad formal o igualdad ante la ley. A manera de ejemplo, recordó la Ley 9ª de 1988 sobre la Reforma Urbana, en la cual se incluyeron distinciones a favor de los pobres como una prescripción adquisitiva corta para viviendas de interés social. Estos privilegios fueron desestimados por la Corte Suprema de Justicia al revisar la Constitucionalidad de la Ley 9 de 1988. La Corte esgrimió la igualdad clásica contra los pobres, contra la igualdad real que se empezaba a abrir camino.

Para Humberto de la Calle, la igualdad formal entendida como un rasero inapelable que suprime toda diferencia, es a veces un instrumento para mantener el *statu quo*, para perpetuar discriminaciones, al mantener condiciones consolidadas a favor de algunos y para desventaja de otros. Si la igualdad formal puede congelar las condiciones inequitativas, era preciso matizar ese principio con mecanismos que tuvieran en cuenta las desigualdades. Esto llevó al Ministro y vocero del Gobierno a decir que "Yo me permito sugerir que se haga reserva de las normas protectivas, aquellas por virtud de las cuales el Estado recoge desigualdades existentes para corregirlas, las cuales serían inviables en virtud de una formulación como la que se propone. ¿Qué pasaría por ejemplo con los indígenas, tradicionalmente discriminados entre nosotros?." (Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución/Asamblea Nacional Constituyente, 1993, p.2).

El Constituyente Augusto Ramírez se pronunció en contra de la redacción del inciso segundo del artículo 13 tal como estaba presentada en el Proyecto del Gobierno, pero coincidió con el Ministro De la Calle en la necesidad de consagrar medidas de favorabilidad. En su criterio el verbo de la acción del Estado en estas materias es aquel de "velar" por la eliminación de la discriminación, sin perjuicio de las medidas a favor de personas y zonas marginadas. Es interesante el concepto adelantado por el Constituyente Ramírez sobre zonas marginadas, porque rara vez se predica el

fenómeno de la marginación de manera exclusivamente humana; más comúnmente la marginación del hombre está acompañada de la existencia de espacios marginados o de espacios donde se confina a los marginados. Ramírez dio el ejemplo del Chocó, que es un área geográfica vasta y notoriamente olvidada por el resto del país. (Presidencia/ANC, 1993, p.3) El gueto urbano enclavado en el centro de Bogotá conocido como "El Cartucho" era un caso extremo de los espacios ayunos de normalidad donde se congregan y refugian los marginados, los prófugos y los divergentes.

El modo del actuar estatal contra la discriminación y la marginación fue motivo de acerbas discusiones. El constituyente Juan Carlos Esguerra se opuso a la conjugación "removerá", incluida en el proyecto de la sub - Comisión Segunda, que se predicó del accionar Estatal, porque en su sentir, esta formulación podía dar lugar a actuaciones del Estado que eliminaran la propiedad privada. El verbo escogido y la acción aparentemente obligatoria le parecieron al constituyente Esguerra el germen verbal de futuras acciones confiscatorias (Presidencia/ANC, 1993, p.5).

¿A qué se refería el constituyente? Esguerra, al vincular la remoción de los obstáculos para alcanzar la igualdad real con la propiedad privada aceptaba que las desigualdades en el ingreso y la riqueza eran, y siguen siendo, causas objetivas de discriminación y especialmente de marginación, marginación económica, social y política y que una frase como la objetada eventualmente le daría herramientas a un gobierno populista para arremeter contra la institución de la propiedad privada. En las transcripciones del debate el constituyente Esguerra no hizo explícito este vínculo concentración de la propiedad – desigualdad/discriminación/marginación, pero es evidente que señaló un tema álgido que la Constituyente se cuidó de hacer expreso.

El constituyente Horacio Serpa sostuvo que el Estado debe propiciar la igualdad, debe

"enderezar cargas" que "evidentemente sufren una desproporción notable". (Presidencia/ANC, 1993, p.12) Serpa elogió el proyecto gubernamental y pidió a sus colegas "una cierta destorcida", porque en Colombia la principal fuente de discriminación radica en circunstancias económicas y sociales, particularmente las primeras, defendió la fórmula de "remover" los obstáculos para alcanzar la igualdad real y agregó que el Estado se encuentra obligado a corregir las desigualdades existentes y a evitar las desigualdades futuras.

Ramírez Ocampo terció en el debate que enfrentaba la fórmula de Serpa (remover la desigualdad) a la objeción de Esguerra. Ramírez Ocampo introdujo el término "adoptará" para referirse a las medidas a favor de los discriminados, los marginados y las personas en condiciones de pobreza, y el verbo quedó así incorporado al inciso segundo del artículo 13. (Presidencia/ANC, 1993, p. 16).

El constituyente Otty Patiño expresó su temor a la entronización de un "Estado paternalista" porque en su criterio de lo que se estaba hablando era de aliviar la discriminación más no de atacar las raíces de la misma. Las dudas del constituyente recuerdan el debate que tuvo lugar alrededor del alcance de la acción afirmativa en los Estados Unidos, donde discutió si esas medidas estaban concebidas para terminar con la discriminación presente únicamente o si debían extenderse a los efectos de la discriminación pasada e incluso a prevenir futuras discriminaciones. (Presidencia/ANC, 1993, p.16).

La alternativa entre la acción contra los efectos de la discriminación social o societaria, necesariamente anclada en el pasado y las medidas para aliviar y erradicar la discriminación actual revelan dos posiciones bien diferentes: (a) una visión sistémica, que exige revisar y buscar las raíces de la discriminación para erradicarla y (b) una posición formal, de lucha contra la discriminación que se pueda probar. La preocupación de Patiño tenía algo de eso, pues

su llamado a atacar "los fundamentos mismos de la discriminación" implicaría necesariamente un juicio histórico.

La invocación del "Estado paternalista" produjo sin embargo una reacción contra la fórmula del Estado que adopta medidas favorables a los grupos discriminados, marginados o pobres. El constituyente Germán Toro, refiriéndose a la cláusula de igualdad real, manifestó su oposición a las medidas de acción afirmativa bajo la premisa de que se trataba de medidas que subsidiaban la discriminación, en lugar de limitarla o lo que sería más deseable, erradicarla y prevenir su aparición en el futuro. (Presidencia/ANC, 1993, P. 23).

En la misma línea, el constituyente Esguerra dijo "coincido con el Delegatario Toro y (...) también, con lo que ha planteado el Delegatario Patiño, en el sentido de que puede simplemente decirse al Estado que en relación con las discriminaciones que ya hay, y que con las que seguramente habrá en el futuro, pues trate de hacer algunas correcciones o de realizar obras de caridad, de ninguna manera; debe actuar con el propósito de evitar que sigan dándose esas discriminaciones..." (Presidencia/ANC, 1993, p.24)

Es preciso disentir de las posiciones asumidas por los constituyentes Toro y Esguerra. Las medidas de acción afirmativa o de favorecimiento de grupos discriminados y marginados no constituyen un subsidio de la discriminación; todo lo contrario, son una medida que neutraliza la discriminación actual y los efectos de la discriminación pasada. Si lo que se quiere es desarraigar la discriminación de manera total y absoluta y en el presente como proponían estos constituyentes, entonces, es probable que se necesitara un proceso de "ingeniería social" extremo que afectara la propiedad, las fuentes de ingreso, la forma del Estado, para así enderezar las cargas como lo exigía Horacio Serpa.

El constituyente Jaime Arias asumió la respuesta a las manifestaciones de Patiño, Toro

y Esguerra. Defendió el paternalismo de Estado, la protección de Estado en los términos siguientes:

"Ahora, pero si lo que se quiere es no establecer allí ningún carácter que dé la sensación de paternalismo frente a conglomerados, grupos que han sido discriminados, que viven en condiciones de pobreza, de marginamiento, etc. Pues hombre vamos a tener que acabar todo el ordenamiento jurídico, porque todo el ordenamiento jurídico es proteccionista y el Estado es paternalista, y esa es su función administrativa principal..." (Presidencia/ANC, 1993, p. 26).

Estas convicciones llevaron al constituyente Arias a pronunciarse a favor del texto del proyecto gubernamental, "porque no podemos ocultar que hay grupos marginados, que hay grupos en condiciones de pobreza, y hay discriminaciones, y por consiguiente debe el Estado, adoptar unas políticas. Es que lo que está proponiendo allí en ese artículo, no es más que la identificación de propósitos con lo que quieren inmensos conglomerados colombianos." (Presidencia/ANC, 1993, p. 26).

Llama la atención el término "Estado paternalista" empleado por Otty Patiño. El Diccionario de la Lengua Española define al paternalismo como aquella "tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas, laborales, etcétera." (Diccionario de la Lengua Española t. v, 1984, p. 1025).

Esta caracterización peyorativa se entiende mejor si se lee junto con el supuesto carácter de las acciones afirmativas propuestas: alivio de la discriminación, subsidio de la discriminación y por esa misma cuerda, de los subsidiados. Existirá entonces el Estado paternalista en la medida en que se dedique a favorecer a las poblaciones discriminadas, marginadas y pobres, sin combatir las causas de esas situaciones. Se trataría de un Estado dadivoso que actúa sobre las manifestaciones

del fenómeno sin tocar las raíces del mismo, y por ende, está condenado a enfrentarlo permanentemente.

Coincidimos con la respuesta de Arias; el Estado colombiano ha sido paternalista por razones poderosas: (a) la herencia hispánica, centralista y autoritaria; (b) la anarquía del federalismo, que llevó a la reacción de 1885; (c) la filtración del ideario solidarista de Duguít con la Reforma de 1936; (d) las sucesivas reformas constitucionales, especialmente la de 1968, que se inspiraron en el modelo del Estado de Bienestar, imperante en el mundo hasta 1970; (e) la adopción del modelo constitucional conocido como Estado social de derecho, vinculado estrechamente con el Estado de Bienestar (Wiesner, 2005), pero ante todo, (f) la persistencia de factores sociales, económicos y políticos que mantienen a una parte significativa de la población en estado de debilidad, de desventaja, de aislamiento y porque no decirlo, de pobreza.

En la misma sesión, el constituyente Diego Uribe Vargas arremetió contra el vocablo "pobreza". En ese momento aseveró "Yo creo que la palabra pobreza es la que crea la sensación de paternalismo" y en su lugar propuso los términos "desventaja y "desequilibrio", "como para no volverlo como una cosa de caridad" (Presidencia/ANC, 1993, p.22).

Llama la atención que el Constituyente Uribe Vargas haya recurrido a las nociones de paternalismo y de caridad para oponerse a la inclusión de los grupos en condiciones de pobreza como destinatarios de las acciones afirmativas del Estado. Como se vio, paternalismo es sinónimo de autoritarismo y de una actitud dadivosas, lo que no parece estar conectado con la lucha contra la pobreza que es un objetivo legítimo de la acción estatal. Ahora bien, si el Honorable Constituyente consideró que incluir a los grupos pauperizados entre las poblaciones dignas de la ayuda especial del Estado podía dar lugar a actitudes dadivosas que no superarían la mera caridad, es preciso recordar que durante todo el siglo XIX y buena

parte del XX, la actitud de la sociedad y del Estado ante la pobreza era precisamente la acción de caridad. Basta recordar el texto del artículo 19 de la Constitución de 1886, incorporado en la reforma de 1936, que erigió la asistencia pública en función del Estado y determinó que se extendería a quienes no pueden trabajar ni tienen acceso a medios de subsistencia.

Otro tanto puede comentarse de la crítica al sesgo caritativo del numeral 2º en el artículo 13 propuesto a la consideración de la Comisión Primera. Sin embargo, las objeciones de Uribe Vargas apoyadas como estaban en los comentarios de Esguerra, Toro y Patiño, fueron reiteradas por el constituyente Rojas Birry quien se expresó en los siguientes términos: "El segundo texto dice inicialmente, decía o dice: el Estado debe adoptar medidas a favor de grupos que han sido víctimas de discriminación, o se encuentran marginados o en condiciones de pobreza. Yo propongo en aras de transar, y en eso pues, para que constitucionalmente no quede ese término, pobreza, propongo lo siguiente: que se suprima eso (...)" (Presidencia/ANC, 1993, p.27).

De esta forma se frustró la inclusión de esa referencia a los grupos en condiciones de pobreza que hacía parte del Proyecto de Gobierno. Es de lamentar que la supresión obedeciera a criterios subjetivos de vergüenza nacional y de rechazo a formas arcaicas de acción social, sin poner en tela de juicio los argumentos del Gobierno que acertó al reconocer la realidad de penuria, de marginamiento y de discriminación, constantes en el decurso social del país.

*Comisión codificadora.
Sesión del 31 de mayo de 1991*

La transcripción de la sesión que se comenta (Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1998), muestra a la constituyente María Teresa Garcés en desacuerdo con la redacción del artículo 13 aprobado en la Sección Primera. Como se verá adelante, la desigualdad no necesariamente surge de la

discriminación o de la marginación. Puede ser el resultado de la naturaleza (defectos y limitaciones físicas), de la edad, o de factores sociales adversos y anónimos, que colocan a ciertas personas en situación de desventaja.

Apareció entonces el que sería luego el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución. Se partió de la idea genérica de ordenar la especial protección del Estado para personas en determinadas condiciones. Un constituyente no identificado trajo a colación el texto del que sería el inciso segundo del artículo 13 y agregó: "...me gusta más esa fórmula de debilidad que la de discriminación, que es aceptar que hay una discriminación, yo creo que el Estado dice, hay unos grupos más débiles, yo los voy a proteger, inclusive antes de que los hayan discriminado, les voy a dar una protección" (Presidencia/ANC, 1998).

En ese punto intervino María Teresa Garcés para explicar su iniciativa de protección a los débiles. En sus palabras, la naturaleza y el mundo fáctico desdican el teorema de la igualdad real permanentemente. Existen personas como los disminuidos físicos de nacimiento, las personas de la tercera edad, los niños desprotegidos que nunca podrán ser iguales, ni competir con los "normales". Ellos deben ser los destinatarios de la protección estatal en desarrollo del principio de solidaridad.

Garcés tenía razón al señalar esa tercera fuente de desigualdad, que bien podría llamarse "naturaleza" o "destino" o "sociedad", y que evita una adscripción de responsabilidad directa como ocurre con la discriminación o indirecta en el caso de los grupos marginados. Para el caso de los débiles, de aquellos a quienes el azar colocó en una posición dura y precaria, era preciso buscar un principio de refuerzo, que Garcés encontró en la solidaridad. Es evidente que no estaba de acuerdo con la formulación del inciso o numeral segundo del artículo 13 y que quiso sustituirlo con una redacción alrededor de la debilidad y de la acción especial del Estado.

Pese a la invocación del principio de solidaridad, el texto que ordenaba la protección de los débiles fue insertado en el artículo relativo a la igualdad, a modo de excepción. Garcés reiteró que los débiles a los que ella se refería en su proyecto nunca podían alcanzar una posición de igualdad y de ahí la razón de la ayuda especial y solidaria del Estado. Dijo al respecto:

Fíjese que si se cumple el primer principio, si realmente las bases del Estado, las normas y la actividad de las autoridades está dirigida a que nadie puede ser discriminado, a que todo el mundo esté en pie de igualdad, pues ya estamos hablando de ese piso; pero lo otro es que hay gente que de ninguna manera puede competir dentro de esas reglas igualitarias, entonces es ahí donde el Estado está obligado a intervenir, esa es la idea; yo creo que lo otro pueda quedar en otros artículos..." (Presidencia ANC, 1998).

Como puede apreciarse, en ese momento estaba prácticamente redactado el que es hoy el inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política. A las condiciones de debilidad física y mental que sugirió en un principio María Teresa Garcés, se agregó con buen tino el factor económico de la debilidad, que como lo trataremos adelante, es un paliativo de la supresión que hizo la Comisión Primera, respecto a los grupos en condiciones de pobreza.

Llama la atención el proceso dual de integración del artículo 13 CP. El mecanismo de la acción afirmativa, aprobado por la Comisión Primera se mantuvo como el inciso segundo de la norma. De esta manera, se completó la traslación de la figura conocida como acción afirmativa al Derecho constitucional colombiano, y por esta vía, a la legislación, a la jurisdicción y la jurisprudencia nacionales. Consideramos que era necesario manifestar la identificación de los grupos discriminados y marginados como sujetos de esa acción afirmativa, por la utilidad del mecanismo en un país donde especialmente la marginación social y económica es un escollo para el desarrollo justo de la colectividad nacional

Por otra parte, llama la atención que existiera en el seno de la Asamblea un proyecto paralelo para suplantar ese inciso segundo; una iniciativa excluyente de la primera, que buscaba reemplazar el mecanismo de acción afirmativa, por aquel de la "protección especial" para los débiles. Este proyecto alternativo trocaba la acción de favor por la protección especial; los grupos discriminados y marginados por los débiles y el principio de igualdad real por aquel de la solidaridad. Al final, ambos textos quedaron incorporados en el artículo 13, sin que podamos lamentarnos de una reiteración inoficiosa de principios. Así el Estado colombiano se comprometió de manera expresa a defender a discriminados, marginados y débiles, lo cual no es poca cosa.

Discriminados, marginados y débiles

Los grupos a proteger, destacados en el proyecto del Gobierno Nacional y reconocidos en los debates ante la Asamblea Constituyente, ameritan un esfuerzo para alinear cada una de tales categorías. A renglón seguido trataremos de presentar el perfil de cada situación para diferenciarla y también para encontrar aquello que tienen en común, que puede ser manejado a través de acciones afirmativas.

Discriminación: la diferencia que hiere y destruye.

La discriminación se refiere en primer término, a los grupos que han sido víctimas del odio y del tratamiento derogatorio. En este sentido se encuentra más acertada la redacción del proyecto gubernamental que la aprobada en la Asamblea Nacional Constituyente donde finalmente se plasmó el inciso segundo del artículo 13 en la Constitución de 1991. Este último se limita a invocar los "grupos discriminados", pero elimina la expresión que los señala como víctimas tal como aparecía en el proyecto gubernamental.

Sucede que la discriminación es una agresión deliberada la mayoría de las veces contra una minoría, contra un grupo especial, contra un

colectivo débil e incluso contra una mayoría sojuzgada, como ocurría en Sudáfrica. Discriminar es hacer una diferencia con intención de dañar, de alejar o lo contrario, de confinar y en casos extremos, de suprimir. En este comportamiento se hace una distinción para imponer un estigma y sacar de él unas consecuencias siempre negativas para el sujeto discriminado.

Por esta razón consideramos que en el universo cerrado y cruel de la discriminación las relaciones son entre victimarios y víctimas. La discriminación es un discurso y una acción que desmerita al sujeto pasivo de la misma para justificar ataques más directos. Sea que se manifieste bajo formas crudas como el racismo, el antisemitismo, la misoginia y la intolerancia religiosa o en las expresiones sutiles de disgusto y miedo que se ven hoy respecto de los grupos diferentes y de los aquejados por enfermedades contagiosas como el SIDA o por minusvalías físicas o mentales, la discriminación es en esencia una agresión hija del miedo y de la rabia que este produce.

El Proyecto de Acto Reformatorio presentado por el Gobierno en 1991 utilizó la expresión "conducta social reprochable" al calificar a la discriminación, para enfatizar el carácter sistémico de la misma y su carácter antijurídico. Posteriormente la Corte Constitucional, al tratar la discriminación ejercida contra los afectados por el SIDA, determinaría que las conductas discriminatorias son actos injustos *per se*, inaceptables (Corte Constitucional, Sent. SU-256/96), que desconocen la dignidad humana porque cosifican a las personas y califican como tratos crueles proscritos por el artículo 12 de la Constitución (Corte Constitucional, Sent. T-505/92).

La Corte, en la sentencia T-018/94, determinó que la discriminación era además un acto arbitrario, sin justificación objetiva, por el cual se perjudica a una persona o grupo de personas con fundamento en estereotipos o perjuicios, para anular, dominar o ignorar a los sujetos pasivos de la conducta. En esa ocasión la Sala de tutela hizo

explícito el tenor destructivo y belicoso de la discriminación, que repetimos, produce víctimas tan dignas de ayuda como las que generan la guerra, el terrorismo, el crimen organizado o el abuso de poder.

Marginados: destierro a los extramuros del sistema

La marginación puede articularse con la discriminación, como un efecto de la misma o como una justificación de esta última. Es efecto en la medida en que la acción discriminatoria, en sus formas menos severas, busca expulsar al grupo indeseado y a sus componentes fuera del espacio social "normal", hacia los extramuros de ese lugar trátase de una institución familiar, académica o laboral, de una ciudad o de una región entera, como sucede en la práctica del desplazamiento forzado (Castel, 1998).

En otros casos es justificación, al proveer la materia prima a los sujetos activos de la discriminación para ventilar sus miedos, sus fobias y el odio que estas y aquellos producen, contra una población "desagradable" o temible, que no se conforma a los cánones de normalidad imperantes, y que por consiguiente merece el trato discriminatorio. En nuestro medio es bien conocido el caso de los indigentes, a quienes se les calificó como "desechables" para justificar su exterminio. La Corte Constitucional reaccionó ante semejante exabrupto en la sentencia T-376/03 donde el Magistrado José Gregorio Hernández rechazó esa designación infamante, recordó que los indigentes son titulares plenos de derechos y solicitó la erradicación del término.

Cabe preguntarse si lo marginal, lo marginado, lo que pertenece al margen tiene un núcleo esencial que le da identidad. Para buscar ese significado nos remitiremos a las definiciones que nos ofrece en Diccionario de la Lengua Española. Marginal es aquello que pertenece al margen, lo que está al margen y además, lo que es de importancia secundaria. Marginado, que es el participio pasivo de marginar, remite a ese verbo que denota

las siguientes acepciones figuradas: (a) Preterir a alguien, ponerlo o dejarlo al margen de una actividad, prescindir o hacer caso omiso de alguien y (b) Poner o dejar a una persona o grupo en condiciones sociales de inferioridad. (Diccionario de la Lengua Española, t. IV, 1984, p. 877).

La palabra marginal remite a lo que está situado en o pertenece al margen y que precisamente por eso, carece de relevancia. Esta acepción del marginamiento explica aquellas situaciones en las cuales un grupo, un individuo una cultura, unas tradiciones u otros objetos de conocimiento, se encuentran fuera de la zona central o *hinterland* del sistema de que se trate. Para el caso de los grupos e individuos marginales, debe agregarse que (a) no comparten o comparten sólo parcialmente los valores y cánones del sistema, como ocurre por ejemplo con las poblaciones indígenas en Colombia; (b) pertenecen a ese sistema, aunque su integración es precaria; (c) carecen de una representación política y económica suficiente para hacerse valer y son por tanto esa "minoría discreta e insular" que mencionó la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Carolene products*.

El marginado es en cambio el producto de un proceso, que lo ha puesto a la orilla del sistema social. El marginado es olvidado, dejado a un lado y por este motivo su condición es de inferioridad como lo destaca la definición de la Academia Española. Es posible nacer marginado, aunque en ese caso sería más exactamente un marginal. Un habitante desde siempre de la zona de exclusión.

El marginado usual lo es como resultado de ese proceso que describe Robert Castel (1998), el cual es sin lugar a dudas una caída en todos los sentidos: pérdida de posición económica, de posición social, ablación de las relaciones familiares y personales, abandono de las posiciones previas de seguridad, fueran estas laborales, físicas, jurídicas, etcétera.

Ambos, marginal y marginado devienen en sujetos insignificantes patrimonialmente, ajenos

a la esfera del trabajo organizado y estable, que solo encontrarán lugar en actividades informales y en barrios periféricos y en todo caso sub normales. Sus vínculos personales son diferentes a las que entablan quienes se ubican en el centro del sistema y pueden darse el lujo de encarnar los estándares y paradigmas de la sociedad. *A contrario sensu*, los marginales y marginados constituyen la sujeta materia de los estereotipos del individuo peligroso, del incorregible, del antisocial y hasta del "monstruo".

Debilidad manifiesta: reconocimiento de las desigualdades incorregibles

El proyecto de María Teresa Garcés, incorporado en la discusión que tuvo lugar en la comisión codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente y plasmado en inciso tercero del artículo 13 de la Carta se inspiró en una sensación de compasión, en un movimiento psíquico hacia la acción que nace de la contemplación del infortunio y el dolor ajenos.

El objetivo de este inciso es dar protección acentuada a una categoría algo gaseosa: las personas en estado de debilidad manifiesta por causas económicas, físicas y mentales. Al calificar a las personas como débiles, se hace referencia a esa falta de vigor, fuerza, recursos y alianzas que le permitan al individuo en cuestión defenderse de los avatares de la vida, generalmente arduos e impredecibles. Se trata entonces de un juicio de valor sobre la capacidad de auto defensa del individuo y de los mecanismos sociales que tiene o no, para sobrellevar las adversidades que ineluctablemente surgirán frente a él o ella.

Se protege al débil porque él no puede protegerse a sí mismo. La colectividad, por mano del Estado, debe tomar a cargo esa defensa, reiterando así el principio asistencial que inspiró el artículo 19 de la anterior Constitución y que se remonta a la Constitución Francesa de 1793. ¿Cuál es el grado de debilidad que preocupó al Constituyente de 1991? Es la debilidad manifiesta, que se explica a sí misma y no requiere de mayor

indagación. El mendigo, el mutilado, el invidente, el anciano sin recursos ni acudientes, el niño de la calle y el alienado mental, son todos débiles de manera ostensible.

Como se vio, la ponente del proyecto de artículo que se convirtió en el inciso tercero del artículo 13, tenía en mente a quienes no podían competir en las condiciones de las personas normales. Se trataba de una idea sugestiva, que tomaba en cuenta ese Grial del capitalismo, que tiene a la competencia y a su hija, la competitividad como la fuente de beneficios y efectos fundamentales para el funcionamiento del mercado y como la romana donde se pesa a los hombres.

Creemos que es de la mayor importancia reconocer que muchas personas quedan por fuera del circuito económico regular o que por razones físicas o mentales no están en capacidad de siquiera entrar a participar en ese circuito. En ese punto, el Estado, representante de la sociedad, debe salir en defensa de estas personas y de esta manera, poner remedio a algunos efectos colaterales de la competencia.

El tema de la pobreza

La pobreza es una realidad persistente en Colombia desde los primeros años de la República, como lo atesta William Mc Greevey en su estudio sobre la historia económica de Colombia entre 1845 y 1930 (Mc Greevey, 1988, p. 7). Quien esto escribe, puede dar testimonio personal de la ubicuidad de esa lacra social en los últimos cincuenta (50) años, sin que se haya abatido al punto de volverse los pobres una rareza social. Muy al contrario.

A pesar de las discrepancias metodológicas entre el Gobierno Nacional y sus opositores, es claro entre un 49 y un 52% de la población se encuentra en situación de pobreza (El Tiempo, 2006, pp. 1-8), esto es, la mitad de los colombianos son pobres, lo cual implica que uno de cada dos colombianos es pobre, lo que en términos

cuantitativos se traduce en 22 millones de personas. Entre estos compatriotas menos afortunados se destacan quienes viven en la miseria (14.7% aproximadamente).

Lo anterior con parámetros puramente objetivos, que no miden otras aristas del fenómeno. En todo caso, se estima son pobres los hogares urbanos con ingresos inferiores a 985.000 pesos y hogares rurales con ingresos inferiores a 655.000 pesos. En cuanto a la miseria, están en ella los hogares con ingresos menores a 390.000 en la ciudad e inferiores a 288.000 en el campo. (El Tiempo, 2006, pp. 1-8).

Cabe preguntarse entonces si el Gobierno Nacional estaba desencaminado al incluir los "grupos en condiciones de pobreza" entre los beneficiarios de las acciones afirmativas, o si había leído correctamente las claves de la situación sobre la cual proyectaba sus propuestas.

De otra parte, hay que ponderar si una vez incluida esa mención a los grupos en condiciones de pobreza, la Comisión Primera de la Constituyente hizo bien al suprimirla, alegando el peligro de caer en paternalismos, dadivosidades caritativas y porqué no decirlo, de hacer un reconocimiento vergonzoso: que somos un país pobre, un país de pobres.

En nuestro criterio, la primera pregunta amerita una respuesta condicionada. Era correcto tener en cuenta los "grupos" en condiciones de pobreza tales que los hiciera acreedores a los favores especiales del Estado, a subsidios, preferencias, incentivos y otras medidas que les otorguen la ventaja que la sociedad no les ofrece. Estos grupos pueden ser en principio, aquellos que se encuentran en estado de miseria, esto es de pobreza agravada, o ciertas clases de pobres, que además de serlo, están sujetos a otras vulnerabilidades como las que surgen de la edad (ancianos indigentes), de la etnia (afrocolombianos, indígenas), de la disminución física o mental o del territorio donde habitan, como puede ser el caso del Chocó u otras zonas deprimidas.

No era correcta la inclusión de esa categoría en el sentido técnico de la acción afirmativa, si se entendía como "todos los grupos en condiciones de pobreza" o lo que es lo mismo, "todas las personas en condiciones de pobreza" pues en ese caso la excepción benéfica se convertiría en regla, dejaría de tener el perfil de intervención puntual que nació con la medida en los Estados Unidos y, de medida especial, tan singular que contraría el principio de igualdad ante la ley, pasaría convertirse en una política general de Estado que diría más o menos, "a todo pobre se lo privilegiará" o *favor pauperrimus*, lo cual tiene un fondo de justicia social evidente, suena bien y correcto (moralmente), pero probablemente conduciría a un populismo craso y a la bancarrota del Estado central. Bienvenida la inclusión de grupos de pobreza agravada o manifiesta entre los beneficiarios del segundo inciso del artículo 13 CP, pero no estaríamos de acuerdo con una interpretación extensiva a "todos los pobres de Colombia" pues dicha lectura hubiera frustrado las mejores intenciones.

En cuanto a los motivos esgrimidos por algunos miembros de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, no podemos hacer otra cosa que apartarnos de ellos. La pobreza existe en Colombia y es de grandes proporciones; quienes la padecen son potenciales beneficiarios de esas medidas de favor y además, de la solidaridad de todos. El temor a caer en el paternalismo o en concepciones caritativas o pauperistas (Morell, 2002) no era una razón de peso para negarse a incluir un aspecto esencial aunque negativo de la realidad colombiana.

Para terminar, hay que reflexionar si aquello que desgajó la Comisión Primera, fue reinstalado por la Comisión Codificadora al incluir entre las categorías de personas en estado de debilidad manifiesta a aquellas que lo son por motivos económicos. Creemos que no fue suficiente. El inciso tercero del artículo 13 CP se ocupa de personas, de individuos y no de grupos. A su turno, el inciso segundo del mismo artículo se predica únicamente de grupos desaventajados.

Conclusiones

Hasta aquí, el periplo de la acción afirmativa en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Como se puede apreciar fue un curso accidentado que partió de jurisdicciones foráneas, ricas en experiencias previas de lucha contra la discriminación racial y de búsqueda de la justicia social. El vehículo para dicha migración fue el Proyecto de Acto Reformatorio No. 2 de la Constitución presentado por el Gobierno Nacional bajo la dirección de Manuel José Cepeda.

Se destacó el propósito expreso del Gobierno en el sentido de ir más allá del Modelo Norteamericano de acción afirmativa para incluir a los grupos marginados y aquellos colectivos en condiciones de pobreza. La extensión del canon Estadounidense bien vale la pena si se tienen en cuenta las carencias múltiples y graves de la nación y la colectividad colombianas en esos campos.

Al lado del proyecto del Gobierno Nacional apareció el proyecto de María Teresa Garcés que cambió la defensa de los discriminados, marginados y pobres por una protección especial de los débiles. Se trataba de un proyecto cargado de emotividad, de una vocación protectora que, afortunadamente, sobrevivió porque en Colombia la debilidad es el común denominador.

La propuesta de un derecho para los débiles era intuitiva, generosa y se fundamentó en el principio de la solidaridad. A diferencia del Proyecto Gubernamental que se caracterizó por su técnica, por inspirarse en modelos probados en otras latitudes y por su apego los términos y mecanismos apropiados para los fines buscados. Los proyectos, a pesar de sus diferencias coincidieron en la Asamblea Nacional. El proyecto del Gobierno fue debatido y aprobado inicialmente en la Comisión Primera y así pasó a Plenaria. El articulado a favor de los débiles cobró vida en la Comisión Codificadora. Para fortuna de los colombianos, ambos textos sobrevivieron y hoy nos acompañan como los incisos segundo y tercero del artículo 13 CP.

La Comisión Primera terminó por excluir a la pobreza como razón para activar medidas de acción afirmativa. Los motivos de tal decisión fueron en nuestro criterio, insuficientes por no decir baladíes, si se tiene en cuenta la gravedad de ese "problema" que es más una constante histórica y una faceta omnipresente de nuestro devenir social. Es posible que no puedan adoptarse medidas de favor para todos los pobres, pero es razonable esperar que a los pobres más desesperados, quienes cargan con su pobreza y con otras vulnerabilidades o estigmas, el Estado les extienda su brazo protector.

Bueno es recordar como lo dijo el constituyente Arias, que el Estado es antes que nada el defensor de los grupos desarraigados, de los individuos sin voz ni representación, de esas minorías "discretas e insulares" a las que hacía referencia La Corte Suprema de los Estados Unidos con el propósito benévolo de hacerlas visibles y de tenderles un puente que los conecte con el cuerpo político y social.

Referencias

- Anderson, T. (2004), *The pursuit of fairness. A history of affirmative action*, New York, Oxford University Press.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional No. 5*, Bogotá, Imprenta Nacional.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional No. 10*, Bogotá, Imprenta Nacional.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional No. 15*, Bogotá, Imprenta Nacional.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991), *Gaceta Constitucional No. 18*, Bogotá, Imprenta Nacional.
- Castel, R. (1998), "La lógica de la exclusión" en *Todos Entran*, Bogotá, Ediciones UNICEF - Santillana S.A.
- Castel R. (1997), *La metamorfosis de la cuestión social*. Jorge Piatigorsky (trad.) Buenos Aires, Editorial Paidós SAICF.
- Cepeda, M. J. (2006), Entrevista concedida al autor, (2006), Bogotá, inédita.
- Corte Constitucional (2003), Sentencia T –376 M.P. Magistrado José Gregorio Hernández
- _____ (1996), Sentencia SU-256, M.P.
- _____ (1994), Sentencia T –018, M.P.
- _____ (1992), Sentencia T–505, M.P.
- Corte Suprema de los Estados Unidos
- *United States v. Carolene Products Co.* U.S. 144 (1938)
 - *De Funis v. Odegaard* 194S Ct. 1704 (1974)
 - *University of California Regents v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978)
 - *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980)
 - *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 U.S. 469 (1989)
- Dworkin, R. (2003), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Bartolomeo, J. y Aguilar, F. (trad.), Barcelona, Editorial Paidós S.A.
- El Tiempo* (2006, 19 de enero), pp. 1 –8.
- Morell, A. (2002), *La legitimación social de la pobreza*, Barcelona, Antropos Editorial.
- Pizzorusso, A. (1984), *Lecciones de derecho constitucional*, Jiménez Ocampo, J. (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Presidencia de las República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente (1993). Consulta textual y referencial. *Sesión Plenaria junio 6 1991*.

Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente (1998). Consulta textual y referencial. *Sesión Comisión Codificadora mayo 3, 1991*.

Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente (1993). Consulta textual y referencial. *Sesión Comisión 1ª abril 16, 1991*

Presidencia de la República (1991), *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política*. Bogotá, Imprenta Nacional

Wiesner, L.R. (2006), "La acción afirmativa en el sistema estadounidense 1960 – 1980" en *Colaboración, Inclusión y Desarrollo*. Bogotá, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda.

Wiesner L. R. El bienestar, noción cardinal del Estado contemporáneo en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales* (4), pp 5 -26

Wiesner L. R. (2003), *Expulsar, confinar e ignorar*, Bogotá, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda

Wiesner L.R.(1990), "Los códigos mercantiles en la Colombia decimonónica. La migración de un ideal igualitario" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 7, pp. 77 – 95.

