

Las acciones afirmativas en la contratación estatal

Herlen Darío Ruíz Benítez

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa: Derecho
Medellín
2020

Las acciones afirmativas en la contratación estatal.

Resumen.

Las acciones afirmativas son mecanismos de intervención por parte del Estado para contrarrestar las desigualdades y/o la discriminación histórica que han sufrido grupos poblacionales a lo largo del tiempo. Con ello se busca que la igualdad trascienda lo formal y se convierta en algo material que pueda ser vivido por parte de la población.

Este tipo de acciones en la contratación estatal, se enfocan en profundizar esas acciones, estableciendo requisitos concretos al interior de los procesos contractuales en los cuales se establece algún tipo de preferencia respecto de los contratistas que incluyan en el proceso la incorporación de personas que hagan parte de algún grupo social discriminado o excluido.

Abstrac.

Affirmative actions are mechanisms of intervention by the State to counteract inequalities and / or historical discrimination that population groups have suffered over time. With this, it is sought that equality transcends the formal and becomes something material that can be experienced by the population.

These types of actions in state contracting are focused on deepening these actions, establishing specific requirements within the contractual processes in which some type of preference is established with respect to contractors that include in the process the incorporation of people who are part of from a social group discriminated against or excluded.

Palabras clave

Acciones, afirmativas, positivas, igualdad, contratación, intervención, estado

Las acciones afirmativas en la contratación estatal.

Todos los hombres son iguales, pero algunos son más iguales que otros. Orwell, 1945
La granja de los animales.

Introducción.

La igualdad material es un propósito que intenta trascender los límites de lo que se entiende por democracia. La finalidad de la misma es que las personas puedan alcanzarla no solo en las oportunidades, sino también en las posibilidades reales que puedan transformarse en una verdadera vivencia digna; es decir, aquella que desde la construcción política-económica y cultural se han entendido como el conjunto de condiciones mínimas para que una persona y su grupo familiar puedan atender sus necesidades básicas, pero, además, desarrollar todas las potencialidades que ellas puedan tener. Pues bien, la igualdad material no es un propósito fácil de conseguir, y no lo es, porque el punto de partida, en materia económica de las personas hace miles de años que empezó y apenas si reflexionamos sobre tal situación. Las diferencias o desigualdades se empiezan a gestar en nuestros antepasados, hay esclavistas o esclavos, conquistados o conquistadores, mercenarios o comerciantes, etc. Desde entonces aparecen dos líneas bien definidas, una, la económica mediante la cual se determina en gran parte las capacidades económicas en lo sucesivo y, la otra, la educativa, que define el tipo de mentalidad con la que se ha de enfrentar la sociedad y en general al porvenir.

Pero con todo y ello, los Estados modernos, en su mayoría repúblicas democráticas avanzan en una vertiginosa y traumática carrera por la igualdad, en primer lugar, debido a las quejas y afanes que a menudo se demuestran y en segundo lugar por los tropiezos que se encuentran en las clases económicamente boyantes que, no quieren ver repartido, entre otros, lo que hoy acumulan; lo anterior como prueba de una sociedad egoísta, que cada vez quiere atesorar más riqueza y en cabeza de un número mínimo de personas.

Es por todo lo anterior que en la dialéctica jurídica-política hablamos de lo que se conoce como las acciones afirmativas, acciones positivas o sencillamente aquellas acciones que se hacen reconociendo la existencia de una desigualdad con el propósito de disminuirla. Es decir, en términos materiales se requiere de un trato desigual de forma positiva sobre alguien respecto de los demás.

Este artículo recoge los orígenes de esas acciones que en lo sucesivo denominarán afirmativas, pasando por las generalidades y problemática conceptual en lo que tiene que ver con los requisitos que impone la jurisprudencia para contemplarlas y por supuesto lo referente a la contratación estatal; objeto central de este trabajo, pues si bien no se encuentran consagradas en la Ley 80 de 1993, si se entiende la contratación estatal como un mecanismo para luchar contra la desigualdad. Finalmente se plantearán algunos casos a nivel nacional que se consideran de relevancia jurídica, con la finalidad de plantear algunas reflexiones sobre la implementación de acciones afirmativas en la contratación estatal que buscan la anhelada igualdad material.

Para la presente investigación se empleó una conjugación metodológica entre el método documental y el hermenéutico, el primero entendido como *“una estrategia en la que se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades teóricas y empíricas usando para ello diferentes tipos de documentos donde se indaga, interpreta, presenta datos e información sobre un tema determinado de cualquier ciencia, utilizando para ello, métodos e instrumentos que tiene como finalidad obtener resultados que pueden ser base para el desarrollo de la creación científica”* (Martínez López, 2002), mientras que el segundo es apropiado porque, según Villabela (2009), “posibilita entender los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico- estructural con una totalidad mayor, y c) la de su interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve”. Este método en el derecho es válido cuando el objeto de estudio lo constituyen normas jurídicas.

“El sentido más completo en el que se emplea es cuando posibilita precisar el objeto de la norma jurídica; valorar la correspondencia entre este y lo que declara; hacer inteligible su estructura; develar el sistema de relaciones que establece con el resto del entramado jurídico; comprender las motivaciones teleológicas de su creación y desentrañar el condicionamiento ambiental y cultural del momento histórico que lo produjo. (Villabela Armengol, 2009).

El uso de los dos métodos se justifica en tanto en el primero se hace un rastreo de las acciones afirmativas y con el segundo se ubican estas en un contexto jurídico, pero llevado por circunstancias de espacio- tiempo, queriendo decir con ello que las acciones afirmativas no surgen de la nada, sino de unas problemáticas puntuales que pueden ser ubicadas históricamente.

Contexto histórico.

Las acciones afirmativas pueden tener una mención remota en la India, donde a las tribus vencidas se les daba participación en el gobierno, para así asegurar mayor representatividad y legitimidad del mismo, pero estas tienen su mayor impulso ~~es~~ en los Estados Unidos, donde a partir de las enmiendas decimotercera (que abolió la esclavitud en 1865) y decimocuarta (en 1868¹) de la Constitución de 1776 que introdujo la cláusula de igual protección ante la ley, de lo cual se colige el principio de prohibición de discriminación por parte de los poderes públicos (*antidiscrimination principle*), que proscriben las diferencias de tratamiento jurídico injustificadas, dando de este modo fundamento textual en la Constitución a un ideal de igualdad más allá de la igualdad en la aplicación de la ley que, como mucho, podría deducirse del tenor literal de la

¹ Enmienda 14 de 1868. “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, que debe ser igual para todos.”

equalprotectionclause reproducida, y que trasciende asimismo su vinculación original con la problemática racial.

El asunto en Estados Unidos queda en ciernes, pues mientras ya se había abolido la esclavitud, la discriminación no corrió la misma suerte, de tal manera que entre el final desde el orden jurídico de esa época penosa y la puesta en marcha de las acciones afirmativas transcurre alrededor de un siglo.

Entre tanto en el derecho italiano se da un avance considerable con la incorporación de la figura del “uso alternativo del derecho” establecido en el artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil de 1942, bajo la cual permitía al intérprete del Derecho, al órgano jurisdiccional correspondiente, favorecer, en su interpretación de la norma para resolver un caso concreto, a la parte más débil de la relación, incluso en aquellos casos en los que aparentemente existiera igualdad formal entre las partes (Balza Aguilera, 2005).

Bajo el anterior entendido se puede afirmar, que el origen se remonta a la India, luego con la abolición de la esclavitud y la incorporación de la clausula de la igualdad en Estados Unidos se prosigue para no seguir agravando la vida de los esclavos, luego en el siglo XX el empuje se da en el derecho italiano con la figura del “uso alternativo del derecho”, para en el mismo siglo darse la incorporación de acciones afirmativas en el derecho norteamericano y continuar con lo que se empezó cuando se abolió la esclavitud y esta vez es reducir o terminar con la discriminación racial, pues el origen de estas medidas en los Estados Unidos son derivadas de la gran discriminación existente en ese entonces y el incumplimiento por parte de los Estados sureños de los programas que pretendían poner fin a la segregación en las escuelas y de las paupérrimas condiciones de vida de los afroamericanos que condujeron a graves disturbios entre 1965 y 1968.

Si los disturbios raciales no se hubiesen producido o no hubiesen alcanzado la intensidad y el grado de violencia que tuvieron, el Gobierno estadounidense nunca habría puesto en marcha, muy probablemente, medidas que tomasen en consideración la raza de sus destinatarios como medio para corregir los desequilibrios raciales sobre todo en materia de empleo, pues medidas de tal naturaleza (*raceconscious*) no habían sido hasta ese momento valoradas como legítimas, sobre todo porque habían sido siempre consideradas contrarias al criterio del “mérito” que era el que hasta entonces había regido (al menos teóricamente) el reparto de bienes escasos y fundamentalmente el acceso a los puestos de trabajo (Martín Vida, 2003).

Luego de la avanzada en los Estados Unidos, el tema regresa a Europa, ello para introducir medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres, inicialmente en el campo laboral y educativo, para empezar a hacer recorrido en las décadas de los sesenta y setenta (Ziliani, 2011)

Esas acciones pasan por el análisis judicial, y en este caso los Tribunales Constitucionales Europeos han reconocido la importancia de las medidas estatales que diseñan políticas favorables o preferenciales de acceso a recursos o servicios escasos para un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente han sido discriminados (Monroy, 2007), y ellas se enmarcan en el Estado Social de Derecho en procura de hacer efectivo y material el derecho a la igualdad, superando el neologismo de lo formal y avanzando a un plano verdaderamente real desde la vivencia de la igualdad material.

Para el caso colombiano, estas empiezan a tomar luces con la Constitución Política de 1991, pues esta establece un nuevo modelo estipulado como Estado Social de Derecho, donde existe un deber de supragarantía, pero además como cumplidor de deberes y obligaciones a fin de permitir a todo el conjunto social el acceso a los derechos consagrados en su normativa constitucional (Vallejo Molina, 2017). Además, está la consagración de la igualdad como principio y derecho fundamental y ello implica

para el Estado la puesta en marcha de acciones para lograr la consecución material de la misma.

Concepto y generalidades.

Las acciones afirmativas o anteriormente llamadas Discriminación positiva es la aplicación de políticas o acciones encaminadas a favorecer ciertos grupos minoritarios² (Osborne, 1997) o que históricamente hayan sufrido discriminación con el principal objetivo de buscar el equilibrio de sus condiciones de vida al general de la población. Suelen utilizarse para remediar desigualdades heredadas de generaciones anteriores y en consecuencia intentan constituirse como elementos para la vivencia de la vida digna de personas desarraigadas en estado de vulnerabilidad, individuos con alguna discapacidad física, mujeres o población con cierta preferencia sexual.

Desde la doctrina se entiende que estas se traducen en leyes concretas pensadas para igualar las oportunidades de trabajo, voto y acceso a la educación de las minorías raciales, los grupos étnicos y las mujeres. Es el resultado de años de movilizaciones y reivindicaciones de estos grupos discriminados por la sociedad (Velasco Arroyo, 2007).

Por su parte, la Comisión Internacional de Juristas, organización no gubernamental con sede en Ginebra, ha desarrollado el tema bajo el entendido que:

*“el derecho a la igualdad es un derecho con facetas negativas y positivas.
Comprende a la vez la prohibición de discriminación y el derecho al disfrute*

² Pero entendidas en el sentido amplio que nos indica Colette Guillaumin, “Por minoritarios entenderemos, no aquéllos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de ‘menor poder’, sea este poder económico, jurídico, político (...)”

efectivo de la igualdad, que conlleva el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar el pleno goce de la igualdad. Las medidas de acción afirmativa caen en esta última categoría de deberes: son medidas positivas para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica. Los beneficiarios de dichas medidas son los grupos o personas que sufren de desventajas estructurales” (Comision Internacional de Juristas, 2004).

Pero la piedra angular del asunto trasciende la igualdad formal y avanza hasta la igualdad material y con ella dando paso a lo que conocemos como equidad. Esta es una palabra que hace poco ingresó al vocabulario democrático, pero que tiene orígenes muy antiguos. Viene del latín *aequus*, que quiere decir igual, y su acepción está vinculada totalmente al ámbito de la justicia: equidad es dar a cada persona lo que corresponda; esto es, la cualidad por la que ninguna de las partes es favorecida de manera injusta en perjuicio de otra (Begné, 2011). Esta cualidad explica por qué, en un momento de reconocimiento de las diferencias, la equidad se ha convertido en un objetivo a alcanzar.

Para Begne (2011) la equidad subyace en la lógica que movió a un conjunto de países a pasar de las políticas de igualdad de trato a las políticas de igualdad de oportunidades y, de ahí a promover las acciones afirmativas. (Begné, 2011), es decir, en escala se puede pensar que la primera acepcion social a materializar es la equidad, luego se avanza a la cuestion politica con la igualdad, para posteriormente haciendo uso del derecho se remedía mediante las acciones afirmativas.

Con base en lo anterior, se puede concluir en materia de conceptualizaciones y a la vez afirmar que estas son seguramente el principal instrumento al que pueden recurrir las instituciones públicas para revertir las consecuencias de la desigualdad estructural dentro de una sociedad. Por esta razón, estas medidas se han ido incorporando a la agenda política de la mayoría de las democracias modernas, dentro

de programas integrales de igualdad que buscan garantizar, a través de la intervención estatal, que toda la ciudadanía dispondrá realmente de las mismas oportunidades para elegir y desarrollar sus planes de vida (Iglesias Villa, 2010). Algo que todavía es mera disposición pues ni siquiera en sistemas democráticos ha sido posible hacer desarrollo de ese postulado político. A lo sumo se puede contar una historia de avances y retrocesos dependiendo de la región y país donde se haga la observación y el análisis.

Pero estamos al frente de una potente herramienta de intervención social, capaz de generar grandes transformaciones cuando haya voluntad política para ello, pues en palabras de Iglesias (2010) la acción afirmativa es también un instrumento ambicioso, cuyos presupuestos y lógica de funcionamiento generan una controversia permanente. Esto explica las reticencias que su implementación suele recibir y los vaivenes que se producen en su concreción institucional. (Iglesias Villa, 2010)

Al respecto, precisa el autor que, la acción afirmativa consiste en medidas que otorgan beneficios especiales o tratos preferentes a los miembros de ciertos grupos humanos para corregir su situación de desventaja social y económica con respecto a otros grupos. (Iglesias Villa, 2010).

A partir de esta primera aproximación, podríamos extraer algunos rasgos característicos de la acción afirmativa:

- a) Son medidas intervencionistas. En ese sentido el estado aprovecha el instrumento para actuar en la estructura social, buscando los cambios necesarios de tipo cultural y socioeconómico que permitan predicar una voluntad real para disminuir las desigualdades históricas y estructurales. Es decir, es una especie de extrapolación del concepto de intervención de Keynes en la economía, pero esta vez aplicado al derecho y a la acción política concreta de parte del estado donde este participa mediante la creación de instrumentos y herramientas concretas que introduce en la actividad social para corregir los

defectos del sistema respecto de la aplicación material de la cláusula de la igualdad.

- b) Su objetivo es la búsqueda de la igualdad. En esa medida se entienden como un refuerzo a las cláusulas de no discriminación. Es claro que Colombia es un país abierta y groseramente desigual y eso queda en evidencia en los informes al respecto del DANE de 2018, donde mientras en Uribia, Guajira; Cumaribo, Vichada y el Alto Baudó en el Chocó la pobreza multidimensional se ubicaba en 92.2%, 91.4% y 90.6% respectivamente; en municipios del interior como Sabaneta y Envigado en Antioquia y Chia en Cundinamarca, esta solo llegaba al 4.5%, 4.9% y 6.7% respectivamente (DANE, 2019). Entonces lo que procura las acciones afirmativas es romper ese techo de la desigualdad, pues en Colombia el ser pobre también es motivo de discriminación social.
- c) Son medidas correctoras. Eso significa que se reconoce una afectación histórica, en esa medida la función estriba en revertir o corregir esas situaciones de desigualdad que se han generado de manera ilegítima (bien sea por causas culturales, económicas, etc.) a partir de una historia de relegación y subordinación de un grupo social. En tal función, al desarrollarse en el presente, pretende corregir una situación que deviene desde el pasado, pero quiere hacer el quiebre hacia el futuro.
- d) Son de carácter temporal. Este punto es problemático, pero se debe entender en dos sentidos: el primero es que si la medida es eficiente tiene que resolver el problema que se propone enfrentar, en esa situación, al resolverlo la medida resulta innecesaria, es por ello que deviene el segundo sentido y es que si la problemática ya está resuelta no puede seguirse manteniendo la medida, pues sería promotora de desigualdades respecto de las personas que no se benefician de la acción afirmativa. En tal sentido, las acciones afirmativas deben tener un carácter de provisionalidad.

Referentes normativos.

Constitución Política y legislación.

El entendimiento de las acciones afirmativas en Colombia comienza en la Constitución Política, pues esta como norma superior prescribe y esboza la normatividad que se desprende para la reglamentación de las mismas dependiendo del ámbito y campo en los cuales se presentan.

Esta Constitución se caracteriza por la ampliación de los espacios de participación política, la introducción de la democracia participativa (artículo 1), el reconocimiento de la multiculturalidad (artículo 7) presente en el territorio nacional y la igualdad entre los individuos (artículo 13), así como la definición de otra serie de derechos que tienen como base los principios liberales de la igualdad, la justicia, la libertad y la paz (artículo 22). Este quiebre en relación con la sociedad que funcionaba bajo la normatividad constitucional de 1886, y sobre todo el objetivo que subyace al texto constitucional de consagrar la igualdad formal y alcanzar la igualdad real, son dos puntos fundamentales para la creación de un marco de desarrollo de las acciones afirmativas.

Se trata de la incursión del país en un Estado Social de Derecho que exige del mismo una mayor garantía de los derechos de la población, en especial aquellos donde son abiertamente palpables las desigualdades. Es por ello que se funda en el respeto (y la búsqueda) de la dignidad humana, lo cual le impone unas máximas para alcanzar la justicia social pues no solo se debe soportar en la garantía de derechos fundamentales, si no también económicos, sociales y políticos.

De ahí se colige que el derecho a la igualdad es piedra angular dentro de la Constitución Política, pues se trata de la esfera en la que las personas tienen las mismas garantías y derechos y ninguno goza de privilegios frente a los otros, al menos de tipo legal. Y ese es el cambio fundamental que se puede esbozar respecto de la Constitución de 1886, pues mientras esta, se centraba en el Estado y las instituciones,

la de 1991 se soporta en los derechos de los ciudadanos, dando a entender que estos deben estar en los fines ulteriores del quehacer del Estado.

Es así como de esta manera, en Colombia las acciones afirmativas comienzan a tener forma cuando se establece un derecho a la igualdad fuerte e incluyente, en el que efectivamente quepan todos los colombianos.

El exmagistrado y constitucionalista Manuel José Cepeda hace una fragmentación literaria de la descripción constitucional para explicar que el principio de igualdad consta de seis partes.

Destaca que “en primer lugar, está expresada como un principio general al establecer que hay igualdad ante la ley para todos los ciudadanos, lo que corresponde a la igualdad formal”. Seguido a ello se concentra en la prohibición explícita de las discriminaciones por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión, opinión política o filosófica. Posteriormente y sugiriendo implícitamente las acciones afirmativas, propone que “el Estado debe promover acciones para que se logre la igualdad real y efectiva, lo que significa que el Estado se obliga a desarrollar iniciativas que hagan que la igualdad formal contenida en la ley sea puesta en práctica. En la parte final de su concepción se decanta por la necesidad de conceder ventajas a grupos discriminados o marginados y se establece la existencia de medidas de protección especial para personas que, por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Por último, se establece la sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad. (Cepeda, 2002).

Es así como desde el orden superior el artículo 13 establece que:

“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 que contra ellas se cometan” (Constitución Política, 1991).

Pero hasta ahí, hay un formalismo constitucional que puede no ser distinto a lo mucho que hace falta por desarrollar de la Constitución Política de 1991, pues si bien las acciones afirmativas surgen del reconocimiento de que la erradicación de las desigualdades y la discriminación requiere de medidas que vayan más allá de la simple formalidad de consignar en la normatividad la igualdad como un principio rector, lo cierto es que estas “tienen por objeto establecer la igualdad de oportunidades no sólo en términos formales, es decir ante la ley, sino también en el nivel de los resultados, en tanto igualdad real” (Deere & Leon, 2002).

Es por ello, que además de una prescripción constitucional, se requiere de un funcionamiento efectivo por parte de las entidades del Estado para movilizar y hacer material las acciones afirmativas, pues también el concepto se extiende a la necesidad de una aplicación efectiva de acciones legislativas y administrativas con un carácter transitorio, pero coherentes con el propósito cierto de remediar situaciones de desventaja o exclusión y discriminación de un grupos humanos, en algún aspecto de su vida, bien sea género, orientación sexual, etnia, atributos físicos, etc.

Todo lo anterior ha sido entendido a cabalidad por la Corte Constitucional quien ha reconocido la necesidad de intervención del Estado en la sociedad de manera más directa y efectiva, a fin de promover y desarrollar acciones orientadas a que la población viva en un plano de igualdad material. Ello lo precisa el ex Magistrado Monroy (2007), cuando destaca el cambio de la igualdad formal al material y advierte que las autoridades públicas no solo protegen derechos mediante la abstención, sino también, y en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervención

activa en esferas específicas, con el objeto de proteger a los grupos poblacionales ya referenciados como tradicionalmente marginados o discriminados por diversas razones.

Por ello considera que “la aplicación efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo exige del Estado su intervención, de un lado, para evitar que los agentes públicos y los particulares discriminen y, de otro, para hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta” (Monroy, 2007)

En la misma providencia judicial, el togado enuncia de forma clara y explícita a las acciones afirmativas y soporta la necesidad de ellas como

“una respuesta jurídica a una situación fáctica consolidada de discriminación que obedece a una práctica social, cultural o económica de un grupo, se diseñaron las denominadas acciones afirmativas. Las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa.”(Monroy, 2007).

Problemática conceptual con la disposición de la Corte Constitucional.

Hasta el momento se ha explicado que las acciones afirmativas son medidas intervencionistas de tipo político y social por parte del Estado, para beneficiar a grupos poblacionales históricamente discriminados o marginados, ello con la finalidad de promocionar un verdadero derecho a la igualdad. El problema para el concepto se presenta cuando la Corte Constitucional vía jurisprudencia le impone unas condiciones específicas a ese tipo de acciones para ser consideradas como afirmativas, pues si bien algunas de ellas obedecen a políticas públicas, de otras se puede entender que

han tenido un desarrollo legislativo y se puede presumir que algunas hasta tienen rango constitucional.

Para examinar con detalle el problema jurídico, para categorizar unas acciones como afirmativas o no, conviene precisar los requerimientos que el Alto Tribunal establece en la Sentencia C-932-08 para señalar si se ajustan o no a la Constitución.

1. Tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades.

Este es quizá el requisito más problemático de la exigencia de la Corte, pues despoja de la denominación aquellas acciones ya estructuradas como derechos, aquellas que se encuentran en la Constitución Política. Al respecto pueden considerarse las curules en el Congreso establecidas para la población afrocolombiana y los indígenas, así:

Para el Senado, se prescribe en el artículo 171, que: “El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas” (Constitución Política, 1991)

Por su parte, para la Cámara de Representantes consagra el artículo 176 que: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cuatro Representantes” (Constitución Política, 1991).

Las anteriores acciones son destacables en cuanto posibilitan la representación y participación política de estos dos grupos poblacionales que han sufrido, conforme a situaciones de público conocimiento, todo tipo de vejámenes y discriminaciones, aunque en la actualidad conviene analizar el impacto que han tenido esas medidas respecto de los fines en los cuales se fundaron, pero esto sería objeto de otra

investigación. Respecto de la adecuación conceptual, ambas rebasan lo dispuesto por la Corte Constitucional, pues estas están establecidas en la Constitución como parte del articulado ordinario y no como disposiciones transitorias, como, de acuerdo con los requisitos para las acciones afirmativas, deberían ser.

Lo otro es que entendiendo la complejidad de la problemática y lo enraizados que están ese tipo de discriminaciones en el imaginario cultural colectivo, los constituyentes hayan decidido hacer un establecimiento fuerte y duradero, sin que por ello dejen de ser acciones afirmativas, pues la pretensión siempre será en términos de Garzón 2006 nivelar algún día las cargas que devienen de pertenecer a ese grupo estigmatizado por la sociedad (Garzón Cárdenas, 2006)

Pero no solo encontramos acciones de este tipo en la Constitución, sino que también el Congreso se ha ocupado de hacer desarrollo de acciones afirmativas con la finalidad de proteger población discriminada o excluida socialmente, al respecto se pueden mencionar.

- Ley 82 de 1993 modificada por la ley 1232 de 2008. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.
- Ley 581 de 2000. Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones. Nótese que la finalidad del legislativo es darle desarrollo al artículo 13 respecto de la igualdad, el 40 respecto del derecho a la participación en el ejercicio del poder público y el 43 respecto de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.
- Ley estatutaria 1618 de 2013. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. En esta normativa, el Congreso si especifica que el objeto de la norma es la promoción de la adopción de acciones afirmativas en favor de personas con discapacidad- Artículos 1 y 3.

Lo anterior nos muestra acciones que contrario a la exigencia de transitoriedad, se ubican es con la vocación de permanencia, quizá para hacer más fuerte la progresividad de la protección en cuanto a derechos sobre las personas beneficiarias de cada una de ellas.

2. Son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales, pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio.

Al respecto no existe una lista taxativa de quienes son esas personas específicamente, pero de a poco la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, las leyes y el desarrollo mediante decretos de estas, han expuesto quienes pueden ser considerados así.

Se trata pues de las personas que dada su condición económica, física o mental, se encuentran en situación de debilidad manifiesta (...), que en atención a la situación desventajosa en la que se hallan, ven limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales (Cepeda Espinosa, 2002), población disminuida física, sensorial y/o psíquicamente que es objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incomprensión o discriminación, lo cual implica su marginación (Hernández Galindo, 2001), población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana (Gaviria Díaz, 1999) o el grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por ende, carece de voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan (Cifuentes Muñoz, 1998).

3. Son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta.

Esto significa que la aplicabilidad de las mismas se deben ubicar jurídicamente en una ley que las ordene o en un acto administrativo que las reglamente, en todo caso, ajustado a una situación precisa y concreta, pues sobre estas recae un control de constitucionalidad de acuerdo al grado de injerencia de las acciones afirmativas en los derechos fundamentales, así como bien lo resume Garzón (2006) las acciones de concientización se someterán al *test leves*³, las acciones de promoción al *test intermedios*⁴ y las acciones de discriminación inversa se juzgarán bajo el *test estricto*⁵(Garzón Cárdenas, 2006) y(González Cuervo, 2014).

4. Se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios.

Significa lo anterior, que como a la discriminación de la que es objeto un grupo de personas le subyace la afectación a derechos sin los cuales se privan del acceso

³ La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”.

⁴El test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

⁵ Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo

de bienes y servicios, entonces las acciones afirmativas deben propender por el acceso a estos, es decir, la materialización de las mismas debe generar a su paso que la población pueda gestarse el acceso o la acción misma proveerle de lo que se está privando. Son ejemplos ilustrativos aquellas acciones que establecen la creación de empleos para personas con alguna discapacidad física, en este caso la escasez radica en los empleos frente al número de personas desempleadas. Sucede lo mismo con las que otorgan cupos en las universidades, a saber, que estos son escasos respecto del número de personas que desean formarse profesionalmente en un centro de educación superior público.

- 5. Son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos.**

Se desprende de lo anterior que no están orientadas a una persona específica, si no a un grupo social caracterizado con las condiciones de marginalidad y discriminación histórica, cultural, política o económica. En ese sentido los funcionarios administrativos y los operadores jurídicos tienen restringida la interpretación respecto de la orientación de estas, pues en todo caso se orientan a una situación de grupo.

Significa que al hacer un filtro por las condiciones que establece la Corte Constitucional para la definición o de lo que puede ser categorizado como acciones afirmativas, las que están en el articulado de la Constitución Política y las que han tenido un desarrollo por la vía legislativa no pueden ser concebidas como acciones afirmativas, pues de ellas lo primero que se puede predicar es la

vocación de permanencia y en algunos casos de progresividad, mientras la Corte exige la vocación de transitoriedad.

Pero desde un análisis extensivo y racional de las mismas, estas si encajan en esa concepción, dado el fin ulterior que buscan, pues en todo caso lo que hacen es enfrentar las desigualdades sociales buscando que grupos específicos discriminados o excluidos tengan la vivencia de algunos derechos mediante el acceso a algunos bienes y servicios que en condiciones normales el resto de la población disfruta.

Podría pensarse que son exigencias severas de la Corte Constitucional, pero puede avizorarse que la pretensión es salirle al paso a los críticos de las acciones afirmativas, que no son pocos y que usan como excusa argumentativa que las acciones afirmativas no son más que la promoción de la desigualdad por parte del Estado, pues como bien lo destaca Velasco 2007 se refiere a que “esto favorecería injustamente a grupos de personas basándose en cuestiones que son ajenas a sus méritos y habilidades” (Velasco Arroyo, 2007).

Las acciones afirmativas en la contratación estatal.

Bajo la denominación de acciones afirmativas en la contratación estatal no existe ninguna previsión en la Constitución Política y, la Corte Constitucional no ha realizado un análisis en concreto enfocado en la contratación estatal, si hizo una precisión taxativa en la Sentencia C-932/07 cuyo magistrado ponente es el Doctor Marco Gerardo Monroy en la que concluyó que “el legislador debe aplicar esos privilegios también a la contratación estatal, pues debe entenderse que el contrato público es un instrumento para luchar contra la desigualdad”(Monroy, 2007), en ese sentido, conviene revisar en cuales casos en concreto se puede vincular la prescripción de acciones afirmativas en la contratación estatal.

A saber, se destacan varios casos.

Caso 1. Recicladores de Bogotá VS Unidad ejecutiva de servicios públicos del distrito- Bogotá.

El caso se origina cuando la Alcaldía Mayor de Bogotá, por medio de la Unidad ejecutiva de servicios públicos decide abrir licitación pública para celebrar contratos de concesión con el objeto de la recolección domiciliaria de basuras, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y transporte de las mismas al lugar de disposición final. Argumentan los actores que, en el Pliego de Condiciones de la citada licitación, se establecen requisitos de experiencia, capital, conocimiento y manejo de tiempo que *“prácticamente sólo los actuales operadores podrían cumplir”*, además de no contemplar acciones afirmativas que permitan la participación preferencial de los recicladores de Bogotá.

La tutela fue negada en las dos primeras instancias en Bogotá y fue seleccionada para revisión por parte de la Corte Constitucional por una solicitud de insistencia por parte del Magistrado Manuel José Cepeda y de la Defensoría del Pueblo. El primero argumenta que el presente proceso de tutela plantea un problema importante y novedoso sobre las obligaciones constitucionales que impone el artículo 13 de la Carta al Estado, en relación con la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados y su efecto en el acceso de oferentes en situaciones de exclusión social a un proceso licitatorio para la prestación del servicio de aseo urbano de Bogotá, así como las condiciones para que en la ejecución de dichos contratos no se excluya a la población marginada o discriminada, en especial a los recicladores; mientras que la segunda expone que la Alcaldía de Bogotá los ha excluido del servicio público de aseo urbano, único sector donde pueden trabajar, además que estima que los recicladores son grupos con debilidades manifiestas, lo que transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace

nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta.

Concluye afirmando que el trato excluyente y discriminatorio otorgado por las autoridades nacionales y locales al grupo de personas que se dedican al reciclaje, no sólo contraviene el derecho fundamental a la igualdad sino que desconoce el derecho a la subsistencia de ese sector de la población, razón, que a su juicio, justifica que la Corte Constitucional analice el caso con efectos unificadores e integradores, a fin de que se pronuncie sobre los alcances de los derechos a la igualdad y al mínimo vital de la población recicladora.

En la *ratio decidendi* la Corte reitera la jurisprudencia constitucional en el entendido que:

“(...)las diferentes autoridades del Estado están obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminación, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a favor de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopción (...)” (Araujo Renteria, 2003).

La Corte encuentra que “la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, no observó el mandato constitucional que la constriñe a adoptar medidas a favor de grupos marginados o discriminados” (Araujo Renteria, 2003).

Este caso es importante, porque en el fallo, el Alto Tribunal, impone el mandato de adopción de acciones afirmativas a las autoridades públicas, a la vez que previene a la Alcaldía Mayor para que las incluya en futuras contrataciones, pues para el momento

del fallo ya se habían adjudicado los contratos, entonces fue declarado como hechos superados.

El fallo reconoce la necesidad que subyace a los mandatos del Estado Social de derecho por desarrollar acciones que conduzcan a una igualdad material, más cuando se trata de personas que están en condiciones de marginalidad o discriminación.

Respecto de los recicladores, sobre los cuales se puede predicar que “fueron los primeros que con su modesta actividad mostraron al mundo el valor de los desechos y abrieron el camino para la nueva perspectiva industrial del reciclaje” (Diaz-Cano, 2017), su actividad también ha sido objeto de gran interés económico por parte de empresas privadas a la vez que aumentan las disputas judiciales, como bien se evidencia con una problemática en Cali, con la empresa de aseo EMSIRVA ESP, donde una vez más, la Corte Constitucional reitera dentro de las ordenes a los accionados que deben

“Establecer dentro de los términos de referencia condiciones para la recuperación y aprovechamiento de residuos que permitan a los recicladores participar de manera efectiva en esta actividad (...) Esta participación no puede ser estimulada buscando sólo su incorporación como empleados, sino que debe contemplar la posibilidad de que puedan continuar su desempeño como empresarios de la basura favoreciendo formas asociativas que aseguren la continuidad de la actividad (...)” (Reales Gutierrez, 2009).

Los anteriores fallos en lo que respecta a la contratación estatal nos indican una evolución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues pasó de decir en la Sentencia C-932 de 2007 que “los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones ni la determinación de medidas favorables” (Monroy, 2007) a establecer de forma imperativa que la adopción de estas son obligatorias cuando se está al frente de un grupo marginado o discriminado.

Caso dos. Contratación administrativa con las micro, pequeñas y medianas empresas – MiPymes-

Para el 2008, las acciones afirmativas ya han tenido un desarrollo más claro y consolidado en el sistema jurídico, pues la jurisprudencia cada vez se hace más exigente con su incorporación, a la vez que el legislativo precisa dentro de su accionar la introducción de estas mediante leyes. Es así como ya no solo se conciben las acciones afirmativas para el beneficio concreto de personas naturales, sino que se avanza a que personas jurídicas, previo cumplimiento de requisitos, también se vean beneficiadas y a su vez se repliquen estos en las naturales. En todo caso, la idea es proseguir en la materialización de un derecho a la igualdad como mandato vivo del Estado Social de Derecho.

Es así como tenemos la ley 1150 de 2007 en su artículo 12, reformado por el 32 de la ley 1450 de 2011, que establece una acción afirmativa en favor de las micro, pequeñas y medianas empresas del país. Lo anterior:

“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de MiPymes que haya sido determinado en el reglamento. Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las MiPymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes (Ley-1150, 2007).

Al respecto, la Corte Constitucional, resolviendo una demanda de inexecutable sobre la ley 1150, antes de la reforma, había declarado inexecutable un inciso que excluía de esas acciones afirmativas a las MyPimes vigiladas por la Superintendencia Financiera, pero en lo referente a la implementación de la acción afirmativa se pronunció apoyando este tipo de iniciativas. Ello queda en evidencia cuando expresa que “los objetivos de las acciones afirmativas en la contratación administrativa son compatibles con las medidas de estímulo para el desarrollo de la pequeña y mediana empresa” (Monroy, 2008)

La Corte reconoce en el Congreso una iniciativa bastante valorable, pues trasciende la idea de las acciones afirmativas a un grupo de personas discriminadas o marginadas, y las lleva a las personas jurídicas que económicamente son pequeñas dentro del sistema económico, pero que a su vez mediante la promoción de este tipo de acciones crean empleo y pueden crecer económicamente lo cual puede redundar en la creación de empleo y el fomento al desarrollo. La Corte lo expresa de la siguiente forma:

“Como puede verse, fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo” (Monroy, 2008).

Sobre las beneficiadas conviene precisar en términos jurídico- conceptuales a que atañe cada categoría de la clasificación, en ese sentido tenemos que esta se realiza de forma compartida por el artículo 2 de la ley 590 de 2000 y 905 de 2004, que a su tenor disponen:

“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:

a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o

b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña empresa:

a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o

b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

3. Microempresa:

a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,

b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes. (Ley-590, 2000) y (Ley-905, 2004)

Respecto del caso y la controversia por la diferenciación de las MyPimes y de las vigiladas por la Superintendencia financiera, la Corte también se expresó respecto el derecho a la igualdad en el sentido que:

“(…) la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos y, de otra parte, que el trato discriminatorio es aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la justificación de la diferencia

consiste en definir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida” (Monroy, 2008).

Entre tanto, respecto de la omisión legislativa de la explicación del por qué excluye de esta acción afirmativa a las MyPimes vigilada, recurrió a la necesidad de la explicación de los tratos diferenciales, en tanto:

“(…) se tiene que mientras el trato legal igual no requiere particular justificación porque es claro que la regla básica de justicia que se impone implica tratar igual a todas las personas porque ellas son iguales⁶, el trato desigual exige mayor carga de argumentación para quien lo decide, en tanto que “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”(Vargas Hernández, 2004).

En conclusión, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo” (Monroy, 2008).

Lo claro respecto de la contratación estatal, es que las autoridades públicas tienen la facultad de aplicar esta acción afirmativa en favor de las MyPimes, pues de esa manera le estarían brindando la posibilidad a estas de crecer económicamente, situación mediante la cual se promueve el desarrollo y la creación de empleo, tal como es el objetivo de la ley de referencia que las crea.

Caso tres. Discapacitados y el enfrentamiento al ICBF

⁶En este sentido, véanse las sentencias C-530 de 1993, C-445 de 1995 y C-576 de 2004

Este, es quizás uno de los grupos poblacionales que mayor atención ha tenido por parte del Estado, ello se evidencia en el desarrollo legislativo, la valoración jurisprudencial y la atención que ha tenido por parte de las autoridades nacionales, departamentales y municipales hasta el punto de la construcción de políticas públicas sobre la materia pues ocupa especial interés en la administración.

Se debe resaltar que la protección a la población en situación de discapacidad deviene de la Constitución Política, ello en principio con el derecho a la igualdad y posteriormente con un artículo 47 que expresamente lo prescribe: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” (Constitución-Política, 1991).

Esta exigencia del constituyente, plasmada en la Constitución Política se desarrolló mediante la ley 361 de 1997, la cual establece mecanismos de protección a la población en situación de discapacidad, en tal sentido la ley prescribe acciones afirmativas para los particulares que vinculen dentro de su planta de trabajadores a población en situación de discapacidad. Al respecto lo expresa así:

“Artículo 24. Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas en situación de discapacidad tendrán las siguientes garantías:

- a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación” (Ley-361, 1997).*

Por su parte, y específicamente para el ingreso al servicio público se crea la acción afirmativa para los concursantes en la contratación pública y se utiliza como criterio de desempate cuando entre los elegibles haya empate, situación en la cual se escogerá a la persona en situación de discapacidad con el cumplimiento de los demás requisitos.

“Artículo 27. En los concursos que se organicen para el ingreso al servicio público, serán admitidas en igualdad de condiciones las personas en situación de discapacidad, y si se llegare a presentar un empate, se preferirá entre los elegibles a la persona en situación de discapacidad, siempre y cuando el tipo o clase de discapacidad no resulten extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación” (Ley-361, 1997)

Pero la protección y la integración social a las personas con discapacidad ha seguido avanzando y las acciones tienden a consolidarse como unas de las más significativas en lo que tiene que ver con la materialización del derecho a la igualdad.

Es así como en materia internacional existen eventos y concursos deportivos y en el caso colombiano, a nivel político ha habido aceptación y respaldo por parte de la población, tanto que para el periodo de 2004 a 2008 fue elegido Apolinar Salcedo como alcalde de Cali, un hombre con discapacidad visual. Aunque fue destituido por la Procuraduría en mayo de 2007, demostró que cuando se trata de administrar, esa no era una discapacidad que le impidiera el ejercicio de sus funciones. Este caso de elección popular se repite en las corporaciones públicas, donde se destaca el caso de Jairo Clopatofsky Ghisays, quien estuvo en tres periodos legislativos en el Congreso y hoy es el Alto consejero para la discapacidad. Se trata de una persona con discapacidad motora en las extremidades inferiores.

Los anteriores casos también le han dado visibilidad social a este grupo de personas, lo que se ha traducido en una mayor atención a ellas, con esos paradigmas internacionales, la legislación y los casos en el país, se llega a crear el Sistema Nacional de Discapacidad, ello, por medio de la ley 1145 de 2007, la cual establece que:

“Artículo 1. Las normas consagradas en la presente ley tienen por objeto impulsar la formulación e implementación de la política pública en discapacidad, en forma coordinada entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar sus derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos” (Ley-1145, 2007)

Más adelante el país siguió avanzando en la retórica y en las acciones para promover la inclusión de las personas con discapacidad, en este caso y en consonancia con los acuerdos internacionales se da trámite a la ratificación de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual fue adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. En el país se surtió el trámite legislativo mediante la ley 1346 de 2009 y se aprobó un texto que inicialmente establece claridad y hace una definición de las personas con discapacidad, así:

“Artículo 1. El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y

efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Ley-1346, 2009)

Más adelante, la misma norma, dentro de los principios en los cuales se funda, destaca:

“Artículo 3. a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación” (Ley-1346, 2009).

La norma, que se entiende como una construcción integral de todo lo concerniente a las personas con discapacidad, es la ratificación de una Convención de las Naciones Unidas, también tuvo observancia en asuntos como la educación, la habilitación y rehabilitación, pero también la inserción de este grupo poblacional al campo laboral, para ello describe la función de los Estados al respecto:

“Artículo 27, trabajo y empleo. h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas (Ley-1346, 2009).

En el examen de constitucionalidad que le realizó la Corte Constitucional a la presente ley, esta destacó

“(..) el articulado de esta Convención se observa que ellas reflejan un esfuerzo comprensivo de protección a las personas discapacitadas, ya que abordan y ofrecen correctivos, desde una perspectiva moderna e inclusiva, frente a la mayor parte de los aspectos y situaciones en las que puede apreciarse la condición de desigualdad y vulnerabilidad que normalmente afecta a estas personas” (Pinilla Pinilla, 2010).

Resalta que el alcance de la misma va más allá de la distinción de los derechos fundamentales, si no que la protección se extiende a cada uno de los derechos consagrados en el texto constitucional independiente del tipo y de la jerarquía a la que pertenezcan, lo cual se ajusta en todos sus puntos a la Constitución Política.

Posterior a la anterior normativa, el tránsito legislativo continúa con la intención de hacer mas vívidos los derechos de las personas con discapacidad, de manera que para el año 2013 con la ley 1618, se refuerzan disposiciones para garantizarle a estas personas el ejercicio de los derechos. Es así como se enuncia en el artículo primero, lo siguiente:

“Artículo 1. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009” (Ley-1618, 2013).

En la presente ley ya se incorpora en el ordenamiento el concepto de enfoque diferencial, ello entendiendo que una conceptualización bien fundamentada debe empezar por decir que el enfoque diferencial tiene un doble significado: es a la vez un método de análisis y una guía para la acción. En el primer caso, emplea una lectura de la realidad que pretende hacer visibles las formas de discriminación contra aquellos grupos o pobladores considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma en cuenta dicho análisis para brindar adecuada atención y protección de los derechos de la población.

Siendo, así las cosas, “el enfoque diferencial juega un papel importante como herramienta que debe manejar todo funcionario público, y en especial aquellas

instituciones cuya obligación está en velar por el bienestar y el goce de los derechos de los ciudadanos (.).” (ONU, 2020). Como resultado de ello, en la norma se precisa:

“Artículo 2. Definiciones: 8. Enfoque diferencial: Es la inclusión en las políticas públicas de medidas efectivas para asegurar que se adelanten acciones ajustadas a las características particulares de las personas o grupos poblacionales, tendientes a garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos acorde con necesidades de protección propias y específicas” (Ley-1618, 2013).

En consecuencia y tal como se desprende de la definición planteada por Naciones Unidas, el enfoque diferencial, plantea para las autoridades públicas y los funcionarios unas máximas de acción política para la protección y garantía de derechos respecto de la población en mención, es por ello que la misma norma plantea en su:

“Artículo 5o. Garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión.

2. La Nación, los departamentos, distritos, municipios y localidades, de acuerdo con sus competencias, así como todas las entidades estatales de todos los órdenes territoriales, incorporarán en sus planes de desarrollo tanto nacionales como territoriales, así como en los respectivos sectoriales e institucionales, su respectiva política pública de discapacidad, con base en la Ley 1145 de 2007, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, y así mismo, garantizar el acceso real y efectivo de las personas con discapacidad y sus familias a los diferentes servicios sociales que se ofrecen al resto de ciudadanos” (Ley-1618, 2013).

De forma material, impone la obligación del enfoque diferencial, pues con este se *actúa sobre el efecto y despropósito que la violencia y la desigualdad tiene entre algunos grupos, puesto que permite dar una respuesta integral que consulte sus necesidades particulares, “mientras facilita el desarrollo de programas que permitan entender las características, problemáticas, necesidades, intereses e interpretaciones particulares que tengan las poblaciones y que redunden en una adecuación de las modalidades de atención a los mismos permitiendo la integralidad de la respuesta estatal”*(ONU, 2020)

“3. Asegurar que en el diseño, ejecución, seguimiento, monitoreo y evaluación de sus planes, programas y proyectos se incluya un enfoque diferencial que permita garantizar que las personas con discapacidad se beneficien en igualdad de condiciones y en términos de equidad con las demás personas del respectivo plan, programa o proyecto” (Ley-1618, 2013)

Con los anteriores mandatos normativos se entiende la obligación de incorporar acciones afirmativas por parte de las autoridades públicas, además de la aplicación de un enfoque diferencial en la implementación de programas y políticas públicas necesarias y conducentes para la garantía de los derechos de la población. Es una especie de desarrollo del artículo 47 de la Constitución que obliga al Estado la incorporación social de las personas con discapacidad, pero que al traducirlo en hechos redundan en una mejora de las condiciones y en la vivencia de una vida digna.

Con todo y lo anterior, no ha sido fácil la aprehensión por parte de las entidades del Estado de esas obligaciones, lo que ha sido objeto de grandes controversias judiciales, en principio por el desconocimiento de lo establecido, por parte de la administración pública en cualquiera de sus niveles y ante ello el reclamo incesante de una población que clama ser incluida dentro de los beneficios del Estado Social de Derecho y más aún, del cacareado derecho a la igualdad.

En sentencia de 2011, la Corte Constitucional, dirimió un conflicto presentado entre la empresa Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. –REDCOM- y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF- cuando este se dispuso a “seleccionar al o los proponente(s) para realizar el control y la supervisión técnica, mediante visitas a las entidades contratistas y una muestra representativa de las unidades aplicativas de los proyectos (...)” (Gonzalez Cuervo, 2011).

La empresa REDCOM presentó derecho de petición en el que solicitaba se incluyera en el pliego de condiciones del concurso, como causal de desempate el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997. Esta norma establece a favor de los empleadores particulares que participan de un proceso de licitación, adjudicación y celebración de contratos y que tengan en sus nóminas al menos un 10 % del personal en situación de discapacidad, el derecho a ser preferidos cuando surja un empate en desarrollo del proceso.

Frente a ello, el ICBF respondió negándose a acoger la observación formulada por el oferente con base en los siguientes argumentos:

- El criterio que la empresa REDCOM echa de menos no puede ser incluido en todos los procesos de adjudicación, por cuanto lejos de convertirse en un mecanismo para corregir desigualdades, como lo argumentan los demandantes, esta norma genera la ruptura de la igualdad entre los aspirantes toda vez que “apenas algunas o una de las ofertas interesadas muestran que cuentan con el personal discapacitado”
- El aludido criterio no puede ser implementado por cuanto no se encuentra en aquellos que prevé el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010, el cual trae una lista taxativa de criterios de desempate para los procesos de adjudicación.

Para atender la problemática jurídica, la Corte Constitucional resuelve los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997?
- ¿Es obligación de las entidades estatales implementar en un proceso público de adjudicación la disposición contenida en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997?
- ¿Vulnera los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad de las personas con discapacidad, contratadas laboralmente por una de las empresas que cumplen la hipótesis normativa del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, la negativa de la entidad convocante de implementar la mencionada disposición?

Frente a ello, la Corte responde, resaltando que debe reiterarse que el artículo 24 de la Ley 361 de 1997 contiene un criterio de desempate universal, y aplicable en cualquier ámbito relacionado con el proceso de contratación, en virtud del cual deberá preferirse a aquel proponente, cuando dos o más obtengan la misma calificación, que cumpla la hipótesis normativa de contar en su nómina con por lo menos el 10% de empleados en condición de discapacidad, situación que debe ser certificada por la oficina de trabajo respectiva, de tal suerte que “resulta ser un incentivo para que las empresas que participan en procesos de adjudicación tendiente a que se amplíe la oferta de puestos de trabajo disponibles para personas en situación de discapacidad, facilitando con ello su integración al mercado laboral” (González Cuervo, 2011)

En ese sentido y respondiendo al primer interrogante, se desprende del texto que se trata de una acción afirmativa en favor de esa población y por lo tanto la prescripción legal es de obligatorio cumplimiento para la administración pública. Por lo tanto, respecto de los argumentos del ICBF, el Alto Tribunal considera que “no son plausibles jurídicamente” refuerza su tesis expresando que “en efecto, la norma (Ley 361 de 1997) se encuentra en una disposición legal vigente y no existe ningún motivo

constitucionalmente admisible para no darle efectos jurídicos” (Gonzalez Cuervo, 2011). De lo cual se colige que, sí es obligatorio para la administración la incorporación de las acciones afirmativas dentro del proceso de contratación pública, y con su actuación el ICBF, violó la norma citada en el tercer interrogante. Ello no solo se explica en la parte motiva, si no que en el fallo la Corte es clara en:

“DECLARAR que la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es obligatoria para las autoridades públicas, las que, en cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, deberán aplicarla en todos sus procesos de contratación, dando efectividad a los principios constitucionales que la inspiran”. (Gonzalez Cuervo, 2011).

Pero ante la negligencia de las entidades públicas, la Corte Constitucional prácticamente ha tenido que crear jurisprudencia para las personas con discapacidad en asuntos como educación, salud, contratación pública, inclusión laboral, etc. Frente a eso, el Alto Tribunal ha conceptuado que:

“En el Estado social las personas que pertenecen a minorías tradicionalmente discriminadas o marginadas o a sectores que están en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que les impiden acceder en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos; promueva prácticas de inclusión social; y adopte medidas de diferenciación positiva para intentar, dentro de lo posible, la realización del principio de igualdad material”(Pardo Schlesinger, 2019)

Se concluye lo relacionado entre la población con discapacidad y la contratación estatal que las acciones positivas se han dirigido tanto para el ingreso al servicio público, como

para favorecer en los procesos contractuales a los oferentes que incluyan dentro de su nómina a personas con discapacidad, ello según lo dispuesto específicamente por el Decreto 392 de 2018, que reglamenta la ley 1618 de 2013, que en su artículo 1 establece el puntaje adicional para trabajadores con discapacidad, expresando que:

“En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal” (Decreto-392/18, 2018).

Se conciben entonces, las anteriores como verdaderas formas de intervención positiva en búsqueda de la incorporación al sistema laboral a este grupo poblacional.

Caso 4. Decreto 252 de 2020. Contratación directa con organizaciones indígenas.

Los indígenas son grupo poblacional que históricamente ha padecido de la discriminación y la exclusión social. Desde épocas inmemoriales sufrieron las agresiones y los embates de los conquistadores, luego quedaron por fuera de los acuerdos que administraron las provincias una vez se dio la independencia y en el último siglo han sido víctimas de confrontaciones por parte de grupos armados, incluso por parte de agentes del Estado. “La violencia de la que son víctimas trae consecuencias como el desplazamiento forzado, las amenazas contra la vida y la integridad física, la invasión de los territorios despojados y el uso de sus territorios para la explotación de recursos como minería e hidrocarburos” (UNHCR, 2018).

Lo cierto es que según manifiesta el antropólogo, arqueólogo, historiador, doctor en filosofía y vicerrector de la Universidad de los Andes, Carl Langebaek en un escrito especial para publicaciones Semana sobre la población indígena que:

“los colombianos conocen muy poco, pero hablan mucho sobre los indígenas. Sobre ellos se han inventado toda clase de estereotipos, desde que son salvajes sin educación hasta que son caníbales perezosos. También se han visto como “sabios ambientales” desposeídos de toda tendencia a la violencia (“buenos salvajes” al fin y al cabo); y han sido reducidos a “obstáculos para el desarrollo” o ensalzados a “esperanza de la humanidad”. Ninguna de estas ideas resiste un análisis profundo, pero se arraigan en la mentalidad nacional sin remedio” (Langebaek, 2016).

De lo que si conocen los indígenas es de la pobreza y la marginalidad, donde según datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el DANE, esta asciende a más del 50% entre esas comunidades (UNHCR, 2018) y el acceso a servicios públicos también es inferior al promedio nacional.

En la Constitución de 1991, estos adquieren importancia y especial interés para los constituyentes pues no solo reconocen su existencia, que hasta de eso adolecían, de la negación de los gobiernos; si no que se establece un mandato de protección, ello cuando prescribe en su artículo 7 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”(Constitución-Política, 1991), seguido a ello la ley 70 de 1993 les brinda un reconocimiento jurídico en el artículo 3, numeral 1, cuando expresa que “la presente ley se fundamenta en los siguientes principios: 1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana” (Ley-70, 1993). Posterior a ello la ley 1381 desarrolla los artículos 7, 8,10 y 70 de la Constitución Política y los artículos 4o, 5o y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento,

fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes (Ley-1381, 2010).

En la jurisprudencia, el reconocimiento y la protección han sido claras y evidentes desde que existe la Corte Constitucional en el país y ha habido reiteradas decisiones en relación con la incorporación de estas personas en los planes y programas del Estado, ello para que puedan gozar del articulado de derechos que se tienen para el resto de los colombianos en condiciones de igualdad, no solo formal, si no también material.

El reconocimiento se ubica en el pluralismo que se reconoce en la Constitución Política como elemento fundante del Estado social de derecho y así lo entiende el Alto Tribunal cuando expresa:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del pluralismo en la configuración del Estado Social de Derecho, en particular, teniendo en cuenta (i) la diversidad de culturas e identidades étnicas que coexisten en Colombia, (ii) la necesidad de asegurarles un mismo trato y respeto, (iii) el hecho de que todas forman parte de la identidad general del país y, finalmente, (iv) que en ellas reposa el derecho a subsistir y permanecer en el territorio patrio en forma indefinida, bajo condiciones dignas y justas”(Guerrero Pérez, 2012).

Pero más allá de la diversidad también está la protección constitucional de los derechos, de los cuales, no se puede hablar solo de forma particular como individuos, si no de forma colectiva como grupos, pues, ellos tienen particularidades culturales comunes que los hace también ser sujetos de derechos colectivos. Frente a ello la Corte Constitucional enuncia:

“(…) el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural se proyecta en una dimensión colectiva, en el sentido que la protección constitucional opera en favor de los grupos o comunidades tradicionales como tal, es decir, en su condición de sujetos colectivos de derechos, y también en una dimensión individual, en cuanto el ámbito de garantía se hace extensivo igualmente en cada uno de los miembros de las distintas comunidades étnicas, dentro del propósito de proteger la identidad de la comunidad”.(Guerrero Pérez, 2012)

Teniendo en cuenta lo anterior, y; soportado jurídicamente en lo dispuesto, también por la Corte Constitucional en sentencia C-932 de 2007, de donde se colige que las autoridades públicas pueden adoptar medidas para favorecer a un grupo de personas que se encuentran en situación de debilidad producida por desigualdades culturales, históricas, sociales o económicas; en el artículo 355⁷ de la Constitución Política que faculta al gobierno a celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; y en la concepción de que "una de las formas de organizarse de las comunidades indígenas, es a través de las organizaciones legalmente constituidas, entendidas éstas como los organismos que agrupan y representan a los pueblos indígenas colombianos" (Decreto-252, 2020), decide crear una acción afirmativa en favor de las comunidades indígenas conformadas, exclusivamente, por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades y cualquier forma de autoridad indígena propia, legalmente constituidas ante la autoridad competente, de acuerdo a la naturaleza jurídica de la organización respectiva, con el fin de que puedan celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales.

Así, al artículo 1 que se adiciona al artículo 10 del decreto 1088 de 1993, se le adicionará el siguiente párrafo:

⁷ "El Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo"

“(...) Además de las anteriores asociaciones, las organizaciones indígenas, también podrán celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia”(Decreto-252, 2020).

Lo anterior se puede entender como una reiteración mas amplia, de lo ya dispuesto en la ley 1551 de 2012, pues, si bien el decreto anterior, adiciona la acción afirmativa a una norma, específicamente al Decreto 1088 de 1993, lo cierto es que la ley de referencia solo es aplicable a los municipios y el decreto es aplicable a cualquier entidad estatal. De cualquier forma, la norma que reforma a la ley 134 de 1994, dispone en el artículo 6, numeral 16 que:

En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo (Ley-1551, 2012)

La anterior acción afirmativa apunta a los fines dispuestos para éstas, en ese sentido, promueve y facilita a organizaciones indígenas participar directamente de la contratación pública y beneficiarse económicamente de ella. Es una manera de fomentar y procurar la inclusión social, esta vez, no solo desde la vivencia de los

derechos como individuos o como grupo, si no mediante la participación activa en el sistema económico mediante la ejecución de contratos, que, en todo caso, será en beneficio de la comunidad, pues los contratistas que dispone el decreto son las organizaciones indígenas. De esa manera se cumple con lo establecido por la Constitución, las leyes sobre la materia y la jurisprudencia que repite continuamente sobre las acciones afirmativas que son "instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez"(Monroy, 2007). De esta forma, las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa (Decreto-252, 2020).

Conclusiones.

Luego de haber presentado un recorrido histórico, conceptual y la ubicación de las acciones afirmativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, conviene precisar algunas conclusiones sobre éstas de forma general, así como respecto de la contratación estatal, toda vez la importancia que recae en esta herramienta para la introducción de acciones afirmativas que tiendan a buscar la anhelada igualdad respecto de los grupos marginados social e históricamente.

La discriminación y la exclusión en Colombia han estado al orden del día desde antes del inicio de nuestra época republicana. Los conquistadores maltrataron y esclavizaron a población negra e indígena, con ello fue impuesta una cultura judeocristiana que poca compasión y aprecio ha tenido con las mujeres y los niños, es ahí donde se causan los grandes grupos poblacionales que han sido objeto de discriminación históricamente, luego ella se enraíza en la cultura como parte de los imaginarios colectivos, por lo que gestar los cambios es muy difícil socialmente. A ello

se suma la idea de discriminar a la diferencia y en ese cuadro se introducen otros grupos poblacionales como las personas con enanismo, discapacitadas físicas, personas de la comunidad LGTBI+, entre otros.

Todas esas situaciones en cuestión, que fueron desarrolladas en un sistema económico que promueve la desigualdad social, lo cual conllevó al que ser pobre también fuera un motivo de exclusión y discriminación pues con esta connotación se le priva a esa población del acceso a bienes y servicios básicos y necesarios para el sostenimiento o tener una vida digna.

Todo esto se resume en que la cultura nos enseñó a desdeñar de nosotros mismos y a inventarnos cuanta causal existe para discriminarnos y sobreponernos sobre los demás, cuando más allá de los bienes y servicios, lo que mayormente está repartido en el país, son las miserias.

Con la llegada de la Constitución Política de 1991 se da un cambio en el viraje jurídico-político, pues en la concepción del Estado Social de Derecho, la igualdad se convierte en piedra angular de este y la búsqueda de esta en el elemento legitimador del discurso político. En desarrollo del mismo, las autoridades públicas se crean para la protección a la persona de los gravámenes injustos de la sociedad y así, como bien lo expresaban Galán y Luna (2000) tendrán como función velar por el contenido de los fines del Estado, y por la protección y promoción de los derechos fundamentales (Galán Sánchez & Luna Cijanes, 2000).

Además de lo anterior y con el ánimo de hacer mas fuerte la búsqueda de la igualdad, los constituyentes adoptaron una prohibición explícita de los tratos discriminatorios atendiendo lo expuesto inicialmente en este aparte respecto de las discriminaciones históricas que se han arraigado en el país. De esos dos elementos devienen las acciones afirmativas – desigualdad y discriminación- buscando la protección por parte del Estado en sentido amplio a los grupos desfavorecidos.

La existencia de las acciones afirmativas se soportan en la búsqueda de la igualdad, esa que hace parte de los mandatos constitucionales, pero que viene en discusión desde tiempos centenarios por lo complejo del término, tan es así que Bobbio (1993) en su obra *Igualdad y Libertad* recuerda la dificultad de establecer el significado descriptivo de igualdad al precisar, que tal es su grado de indeterminación que decir que dos entes son iguales sin otra determinación, carece de significado. Se requiere, afirma, especificar los entes a los que se está refiriendo, es decir, de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, a fin de responder condicionadamente a dos preguntas de suma importancia para el pensamiento político occidental ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? (Bobbio, 1993).

La Corte Constitucional resuelve el asunto para el caso colombiano aclarando y afirmando que:

“La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida” (Monroy, 2008)

También explica que el trato igual, entre personas desiguales constituye una desigualdad, es por eso que no es admisible entre personas con condiciones de vida dispares aplicar una igualdad formal, pues ella, lo que hace es mantener las condiciones de desigualdad, lo que a la postre también es promoverla, ello se desprende de lo conceptuado en sentencia cuando expresa

“La discriminación puede revestir diversas formas. En efecto, es directa cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, entre otras. La discriminación es indirecta cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan el goce de los mismos. En ese sentido, las medidas neutrales en principio no implican factores diferenciadores entre las personas, pero producen desigualdades de trato entre unas y otras” (Ortiz Delgado, 2017).

En relación con las acciones afirmativas, sobre las cuales ha habido una jurisprudencia que ha tangencialmente modificado, la Corte ha expresado de estas frente al principio de la igualdad que:

“(…) es un mandato complejo en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (...) (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales” (Calle Correa, 2014).

Pero el camino de las acciones afirmativas, ha tenido un desarrollo vertiginoso para los grupos y poblaciones discriminados socialmente, no así puede predicarse del cambio cultural, que como bien es sabido demanda más tiempo para que la población cambie o ajuste los relatos históricos bajo los cuales se ha construido la cultura, pero con todo y ello, es innegable el ejercicio y las acciones por parte del gobierno, el legislativo y de la Corte Constitucional, para, en ejercicio de sus funciones procurar por la inclusión social de estos grupos poblacionales, tanto es así, que hoy se entiende de las acciones afirmativas que son de obligatoria implementación por parte de las

autoridades públicas, ello se decanta en lo dispuesto por la Corte en sentencia cuando expresa:

“La adopción de medidas en favor de los grupos marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador, sino que es un mandato de acción, encaminado a transformar las condiciones materiales que engendran o perpetúan la exclusión y la injusticia social” (Cepeda, 2004).

En lo concerniente a la contratación estatal, anteriormente solía pensarse que las acciones afirmativas no eran obligatorias, pues al respecto no existe norma que así lo haga exigible, tanto así, que la ley 80 tuvo una demanda de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, sobre la cual esta se manifestó con la Sentencia C-932/07, dándole respuesta al demandante que si bien es cierto que esta no establece acciones afirmativas en la selección del contratista por parte de la administración pública, también es cierto, que éstas no se prohíben si la entidad desea incorporarla en los pliegos de selección.

Destaca la Corte en la sentencia que, los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. (Monroy, 2007), y riposta frente al demandante que:

“Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se

impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución)” (Monroy, 2007)

Más allá de la interpretación ligera y literal de la expresión *“los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia”*, que hacen los demandantes, contenida en el artículo 29, inciso 3º, de la Ley 80 de 1993, la Corte encuentra que:

“el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sólo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso”(Monroy, 2007)

Tanto es así, continúa la Corte en su pronunciamiento que las autoridades son libres de implementarlas en cada una de sus actuaciones:

“En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación” (Monroy, 2007)

Todo lo anterior llevó a considerar que incorporación de las acciones afirmativas eran un asunto facultativo de la administración respecto de la contratación pública, pues como bien dijo la Corte, la omisión del legislativo al no introducirlas en el estatuto de contratación no constituye una violación a la norma superior, más estas están en disponibilidad para que las entidades las puedan incorporar en sus procesos de contratación, pero la ley 1618 dispone que el objeto de la misma es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la ley 1346 de 2009 y le impone a todos los entes de la administración pública la obligación de asegurar que en el diseño, ejecución, seguimiento, monitoreo y evaluación de sus planes, programas y proyectos se incluya un enfoque diferencial que permita garantizar que las personas con discapacidad se beneficien en igualdad de condiciones y en términos de equidad con las demás personas del respectivo plan, programa o proyecto.

Además de ello, la Corte Constitucional, resolviendo el conflicto entre REDCOM y el ICBF mediante sentencia T-684 A de 2011, dispone en el fallo que la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es obligatoria para las autoridades públicas, las que en cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, deberán aplicarla en todos sus procesos de contratación, dando efectividad a los principios constitucionales que la inspiran”.

Por lo que se concluye, que a partir de la ley referenciada y de la sentencia de la Corte Constitucional, estas se hacen obligatorias en virtud del principio de igualdad, pues las acciones afirmativas se deben establecer para todos los grupos poblacionales que estén en situación de discriminación, entonces, lo que se desprende es que dependiendo del objetivo de la contratación, si se deben incluir para beneficiar a

determinados grupos poblacionales, pues es claro que no todas las veces es posible incorporarlas en los pliegos de condiciones, para beneficiarlos a todos.

De no ser así, el mandato constitucional de donde se coligen las acciones afirmativas sería letra muerta, sobre todo cuando el artículo 13 prohíbe la discriminación, establece el mandato al Estado para que la igualdad sea efectiva y real y la protección a las personas en condiciones de debilidad. En consecuencia, ahí donde sea posible la implementación de acciones afirmativas, éstas cobran la fuerza de obligatorias, pues se trata de un mandato constitucional para la administración pública el hacer material el articulado de derechos de la norma superior y más cuando se trata de algo tan esquivo como la igualdad, ello por la carga histórica y cultural que se le han impuesto a grupos poblacionales y que se debe en toda actuación buscar su eliminación.

De estas actuaciones no escapa el contrato estatal, pues esta es de las herramientas más valiosas con las que cuenta la administración, dado que significa que la administración encarga a parte de un grupo de estas poblaciones la ejecución de acciones en beneficio de la sociedad o de la administración pública, lo que rompe con el paradigma cultural de la incapacidad, además de que como efecto colateral se vincula al sistema económico, que a su vez también es una herramienta para superar las desigualdades.

Las acciones afirmativas se ubican dentro del Estado Social de Derecho en la máxima de la procura por la igualdad y a encaminar acciones para que esta trascienda lo formal y sea material, efectiva y útil para las personas que así lo requieran. Es pues uno de los soportes necesarios para el goce y la vida digna que históricamente han sido excluidas y discriminadas. En esa función la contratación estatal resulta ser un mecanismo valioso para movilizarlas y materializarlas, por lo que resultan no solo importantes y necesarias, si no también obligatorias a la luz del texto constitucional, el desarrollo legislativo y la jurisprudencia sobre la materia.

Bibliografía

- Araujo Renteria, J. (2003). *Corte Constitucional. Sentencia T-724/03*. Bogotá.
- Balza Aguilera, J. (2005). El Ordenamiento Jurídico Español: Un toque de Distinción. En d. Instituto Vasco, *Base legal de la acción positiva* (págs. 84-85). Vitoria: EMAKUNDE.
- Begné, P. (2011). Accion afirmativa: Una via para reducir la desigualdad. *Ciencia Juridica. Año 1. Nº 1.*, 11-16.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Madrid: Planeta.
- Calle Correa, M. V. (2014). *Corte Constitucional. Sentencia C-178/14*. Bogotá.
- Cepeda Espinosa, M. J. (2002). *Corte Constitucional. Sentencia T-595/2002*. Bogotá.
- Cepeda, M. J. (2002). Igualdad y equidad. En M. R. Serje de la Ossa, M. C. Suaza Vargas, & R. Pineda Camacho, *Palabras para desarmar. Una mirada crítica al vocabulario del reconocimiento cultural* (págs. 265-280). Bogotá: Panamericana Formas e impresos S.A.
- Cepeda, M. J. (2004). *Corte Constitucional. Sentencia T-025/04*. Bogotá.
- Cifuentes Muñoz, E. (1998). *Corte Constitucional. Sentencia SU-225- 1998*. Bogotá.
- Comision Internacional de Juristas. (2004). *Medidas de accion afirmativa*. Ginebra: Publicaciones ICJ.
- Constitución-Politica. (1991). Bogota: Diario Oficial.
- ConstituciónPolítica. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta del Congreso.
- DANE. (2019). *Medida de pobreza multidimensional municipal de fuente censal 2018*. Bogotá.
- Decreto-252/20. (2020). *Por el cual se adiciona el Decreto 1088 de 1993*. Bogotá.
- Decreto-392/18. (2018). *Decreto 392 de 2018. Departamento Nacional de Planeación*. Bogotá.

- Deere, C. D., & Leon, M. (2002). *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*. Bogotá: Tercer Mundo editores.
- Díaz-Cano, M. (Diciembre de 2017). Los recicladores y su derecho a participar - eficacia del marco normativo generado para su protección-. *Verbum*, 12, 31-49.
- Galán Sánchez, F. H., & Luna Cijanes, J. d. (2000). *La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad*. Bogotá.
- Garzón Cárdenas, R. (2006). Las acciones de afirmación del género femenino en Colombia. (D. d. Colombia, Ed.) *Derecho del Estado*(19), 39-52.
- Gaviria Díaz, C. (1999). *Corte Constitucional. Sentencia T-177 - 1999*. Bogotá.
- González Cuervo, M. (2014). *Corte Constitucional. Sentencia C-015/14*. Bogotá.
- González Cuervo, M. (2011). *Corte Constitucional. Sentencia T-684A/11*. Bogotá.
- Guerrero Pérez, L. G. (2012). *Corte Constitucional. Sentencia C-1051/12*. Bogotá.
- Hernández Galindo, J. G. (2001). *Corte Constitucional. Sentencia T-255- 2001*. Bogotá.
- Iglesias Villa, M. (2010). Acción positiva y género en la Unión Europea: ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa? En J. A. Cruz Parceró, & R. Vasquez, *Los derechos de las mujeres en el derecho internacional* (págs. 175-210). México: Fontamara-SCJN.
- Langebaek, C. H. (2016). El poder de las razas. Los sobrevivientes. *Semana*, 38-39.
- Ley-1145. (2007). *Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.685 de 10 de julio de 2007.
- Ley-1150. (2007). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.
- Ley-1346. (2009). *Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.427 de 31 de julio de 2009.

- Ley-1381. (2010). *Por la cual se desarrollan los artículos 7o, 8o, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4o, 5o y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento.* Bogotá.
- Ley-1551. (2012). *Ley. 1551 de 2012. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.* Bogotá.
- Ley-1618. (2013). *Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.* Bogotá: Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
- Ley-361. (1997). *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 42.978, de 11 de febrero de 1997.
- Ley-361. (1997). *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 42.978, de 11 de febrero de 1997.
- Ley-590. (2000). *Por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 44.078 de 12 de julio 2000.
- Ley-70. (1993). *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.* Bogotá: Diario Oficial No. 41.013, de 31 de agosto de 1993.
- Ley-905. (2004). *Por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 45.628 de 2 de agosto de 2004.
- Martín Vida, M. Á. (May- Ago de 2003). Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense. *Revista española de derecho constitucional*.(68), 151-194.
- Martínez López, J. S. (2002). *Guía de Apuntes Básicos para el Docente de la Materia TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN*. Oaxaca: Universidad Mesoamericana.
- Monroy, M. G. (2007). *Corte Constitucional, Sentencia C-932/07.* Bogotá.

- Monroy, M. G. (2008). *Corte Constitucional. Sentencia C-862/08*. Bogotá.
- ONU. (2 de Febrero de 2020). *Qué es el enfoque diferencial?* Obtenido de Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado Colombia:
<https://www.hchr.org.co/index.php/76-boletin/recursos/2470-i-que-es-el-enfoque-diferencial>
- Ortiz Delgado, G. S. (2017). *Corte Constitucional. Sentencia T-030/17*. Bogotá.
- Osborne, R. (1997). Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad. *Papers. Revista de Sociología*(53), 66.
- Pardo Schlesinger, C. (2019). *Corte Constitucional. Sentencia T-116/19*. Bogotá.
- Pinilla Pinilla, N. (2010). *Corte Constitucional. Sentencia C-293/10*. Bogotá.
- Reales Gutierrez, C. E. (2009). *Corte Constitucional. Sentencia T-291/09*. Bogotá.
- UNHCR. (2018). Colombia situación. *Indigenas*, 2-3.
- Vallejo Molina, J. P. (jul-Dic de 2017). Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia. *Pensamiento jurídico*(46), 153-168.
- Vargas Hernández, C. I. (2004). *Corte Constitucional. Sentencia C-106/04*. Bogotá.
- Velasco Arroyo, J. C. (2007). Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia. *Daimon Revista de Filosofía. Nº 47*.
- Villabela Armengol, C. M. (2009). *Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones*. Ciudad de México: UNAM.
- Ziliani, E. (2011). La acción afirmativa en el derecho norteamericano. *Revista electrónica del instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 69-80.