

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLOTA MAYURI ARIAS ALCIBAR

**DOS ESTADOS, DOS CONSTITUCIONES, UN SOLO DERECHO: ESTUDIO
COMPARADO DE LAS POLITICAS DE CUOTAS EN EL SISTEMA
EDUCACIONAL PARA NEGROS EN BRASIL Y EN COLOMBIA**

Uberlândia- MG
2017

CARLOTA MAYURI ARIAS ALCIBAR

**DOS ESTADOS, DOS CONSTITUCIONES, UN SOLO DERECHO: ESTUDIO
COMPARADO DE LAS POLITICAS DE CUOTAS EN EL SISTEMA
EDUCACIONAL PARA NEGROS EN BRASIL Y EN COLOMBIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito,
da Universidade federal de Uberlândia como requisito parcial para
obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

Uberlândia- MG
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A352d Alcibar, Carlota Mayuri Arias, 1984-
2017 Dos estados, dos constituciones, un solo derecho: estudio comparado de las politicas de cuotas en el sistema educacional para negros en Brasil y en Colombia / Carlota Mayuri Arias Alcibar. - 2017.
104 f.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

Tese (Mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direito à educação - Teses. 3. Educação e Estado - Teses. 4. Ensino superior e Estado - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CARLOTA MAYURI ARIAS ALCIBAR

**DOS ESTADOS, DOS CONSTITUCIONES, UN SOLO DERECHO: ESTUDIO
COMPARADO DE LAS POLITICAS DE CUOTAS EN EL SISTEMA
EDUCACIONAL PARA NEGROS EN BRASIL Y EN COLOMBIA**

Dissertação apresentada ao colegiado do curso de Mestrado
Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade federal de
Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre
em Direito.

Dissertação defendida em 22 de fevereiro de 2017, pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
Orientador

Prof. Dr. Paulo Roberto Almeida
UFU

Prof. Dr. Felipe Bambilra
UFMG

A mis padres con el más fuerte amor, en retribución del suyo.

AGRADECIMIENTOS

Es preciso agradecer de forma general a todos quienes aportaron a esta etapa de mi vida, en su momento se los hare saber. Pero mis agradecimientos especiales a quienes acompañaron esta historia que siempre asemeje con una parte de la historia de David, para fortalecerme en las dificultades, “cuando nadie crea, cuando todo parece imposible”, está claro que “Dios coloca el momento, los desafíos y a las personas más acertadas”; En el año 2015 inicie un reto y ellos estuvieron siempre; La Familia: mis sobrinos, padres, hermanos y mi enamorado; Gracias también a mi orientador un maestro admirable, a mis amigos, los que se quedaron en Colombia y a los que encontré aquí en Brasil.

Finalmente, agradezco a la Universidad Federal de Uberlândia y a cada miembro del programa de pos graduación en derecho, a la Coordinación de Aperfeccionamiento de Educación Superior (CAPES), quienes junto a la Organización de Estados Americanos (OEA), me concedieron la oportunidad de estudios y formación durante el curso de maestría como una experiencia integradora.

RESUMEN

Esta investigación busca analizar comparativamente a dos estados que constitucionalmente consagran el derecho a la igualdad, resáltese este derecho, por la existencia de un gran contingente de comunidades negras en sus territorios necesitando aplicar medidas de impacto, como es el caso de la política de cuotas o cupos especiales para la población negra en Brasil, siendo esta una política pública que revistió las tendencias históricas que venían confiriendo a las poblaciones negras el título de minorías, particularmente en el área de educación superior, la cual pretende ser una herramienta en el futuro análisis y debate de la adopción de políticas públicas de Colombia, principalmente en el ámbito de acceso a la educación superior para afrocolombianos.

Entendida las acciones afirmativas en la teoría jurídica como el conjunto de medidas encaminadas a lograr la igualdad material respecto de determinados grupos o personas que han sido objeto de discriminación, se llevara esta investigación a los espacios más importantes debatidos en la teoría de la justicia y teoría constitucional; Siendo el interés comparar las legislaciones de ambos países para la implementación de acciones como las políticas de cuotas para comunidades negras, obrando como actores sociales de necesidades diversas en la esfera de la convivencia humana y promoviendo la transformación en el comportamiento y la mentalidad colectiva de una sociedad. El trabajo llega finalmente a considerar que el modelo de legislación brasilera puede ser el más adecuado parámetro al futuro modelo normativo a ser adoptado en Colombia.

Palabras llave: Colombia y Brasil, Constituciones e Igualdad, Población Negra, Política de Cuotas y Educación Superior.

RESUMO

Esta dissertação procura analisar comparativamente como os sistemas jurídicos de Brasil e Colômbia consagram o direito à igualdade na política de cotas para o ingresso no sistema educacional. Dois estados que constitucionalmente consagram o direito à igualdade, ressalte-se este direito, pela existência de um contingente de comunidades negras maior em seus territórios nacionais precisando aplicar medidas de impacto, como é o caso da política de cotas especiais para a população negra em Brasil, sendo esta uma política pública que revestiu as tendências históricas que vinham conferindo às populações negras o título de minorias, particularmente na área de educação superior, a qual pretende ser uma ferramenta na futura análise e debate da adoção de políticas públicas da Colômbia, principalmente no âmbito de acesso à educação superior para afrocolombianos.

Entendida as ações afirmativas na teoria jurídica como o conjunto de medidas encaminhadas a conseguir a igualdade material respeito de determinados grupos ou pessoas que têm sido objeto de discriminação, leva-se esta investigação aos espaços mais importantes debatidos na teoria da justiça e teoria constitucional; Sendo o interesse comparar as legislações dos países para a implementação de ações como as políticas de cotas para comunidades negras, fazendo como autores sociais de necessidades diversas na esfera da convivência humana e promovendo a transformação no comportamento e a mentalidade coletiva de uma sociedade. O trabalho chega às considerações finais de que o modelo da legislação brasileira pode servir de parâmetro ao futuro modelo normativo a ser adotado na Colômbia.

Palavras-Chave: Colômbia y Brasil, Igualdade y Constituições, População Negra, Política de Cotas y Educação Superior.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN.....	11
2. ASPECTOS GENERALES DE LAS POLÍTICAS DE CUOTAS.....	17
2.1. Las acciones afirmativas.....	18
2.1.1. Contexto histórico de las acciones afirmativas	19
2.1.2. Concepto y aplicación de acciones afirmativas.....	25
2.1.3. Derecho de igualdad como fundamento de la acción afirmativa	29
2.2 Las políticas de cuotas	40
2.2.1. Concepto de las políticas de cuotas.....	44
2.2.2. Las políticas de cuotas como medio efectivo del derecho a la igualdad.....	46
2.2.3. Evaluación global de las políticas de cuotas en Brasil.....	51
2.2.4. Balance general de las políticas de cuotas en Colombia.....	54
3. ¿POR QUÉ, EDUCACIÓN PARA NEGROS EN BRASIL Y COLOMBIA, QUIENES SON?.....	58
3.1. Situación educativa en Latinoamérica de las comunidades negras.....	58
3.1.1. Las particularidades y trazos comunes de las comunidades negras brasileñas y colombianas.....	61
3.1.2. Dimensión de vulnerabilidad social y educativa de las comunidades negras brasileñas y colombianas.....	62
3.2. La percepción general de los sistemas educativos de Brasil y Colombia	63
3.2.1. Las cuotas en las universidades colombianas para la población negra	65
3.2.2. Las cuotas en las universidades brasileñas para la población negra.....	67
3.3. Una expectativa constitucional de la educación superior para las comunidades negras.....	71
4. MARCOS NORMATIVOS DE BRASIL Y DE COLOMBIA	76
4.1. Lo que se contempla en educación superior para población negra	78
4.1.1. Fato vs. Norma: no hay ley en Colombia.....	79
4.1.2. Constitución actual de 1988 de Brasil y otras legislaciones recientes.....	77
4.1.3. Constitución actual de 1991 de Colombia y otras legislaciones recientes.....	79
4.2. La recepción constitucional colombiana de lo dictado en derechos fundamentales.....	85

4.2.1. Posicionamiento jurisprudencial de cupos universitarios especiales	85
4.2.2. Los efectos que se esperan a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en Colombia para la garantía de derechos fundamentales	87
4.3. Proyectos de ley, presentados en Colombia	93
4.4. Injerencias finales de las semejanzas y diferencias Brasil - Colombia en las políticas de cuotas.....	94
4.4.1. La fragilidad de un derecho.....	95
4.4.2. La resistencia de la población negra al agravio de sus derechos	96
CONSIDERACIONES FINALES	98
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, como toda propuesta de tesis, requiere de un cuestionamiento clave que llevara el hilo conductor de la investigación, pues bien, particularmente se propone un estudio que nos acerque a los avances en materia de principios ya consagrados en el derecho constitucional brasilero y que resuelva nuestra idea original cuando nos preguntamos, cuáles son esas referencias susceptibles a la adopción, por su efectivización en derechos fundamentales. De manera más delimitada, esta disertación propone analizar la legislación de Brasil y de Colombia sobre políticas de cuotas para comunidades negras en el acceso de la educación superior con posibilidades de adopción en el sistema educacional Colombiano.

Un análisis de las legislaciones de Brasil y Colombia como estados democráticos implica, en su sentido más amplio y al mismo tiempo simple, un sistema gubernamental conducido por el consentimiento libre y soberano del pueblo, donde se presume que todos sus ciudadanos participan activamente en esa conducción, consiguiendo verse representados bajo la igualdad y justicia social, propósito de un estado democrático.

Bajo la convicción que se trata de un tema interesante y de novedosa aplicación para el pueblo colombiano, es de considerar que la discusión sobre políticas de cuotas es débil en dicho país, pues sus avances en materia de efectividad para comunidades negras, no han ocurrido con la misma velocidad y fuerza que en Brasil, de allí la importancia de experiencias comparadas, de herramientas tecnológicas para los pueblos negros frente a las exigencias de la sociedad contemporánea y el fortalecimiento de una comunidad donde persisten las desigualdades sociales.

Los dos Estados tienen un gran contingente de poblaciones negras y un ordenamiento constitucional amparando su diversidad cultural e intentando superar las desigualdades sociales de esta comunidad, lo que hace posible establecer una correlación importante entre ambos países. Actualmente Brasil ya tiene en vigencia normas sobre el asunto: la Ley n° 12.711, del 29 de agosto de 2012, por medio del cual se reserva el 50% del total de cupos de las universidades oficiales para cuotas raciales junto a la resolución normativa n° 18/2012 del ministerio de educación, que establece los conceptos básicos de aplicación de la mencionada y las condiciones para concurrir a los cupos de educación superior; a esta se suma la Ley n° 12.990, de 09 de junio de 2014 que reserva a los

negros el 20% (veinte por ciento) de los cupos ofrecidos en los concursos públicos para proveimiento de cargos efectivos a empleos públicos en el ámbito de la administración pública federal.¹

En Colombia, un Estado con una población negra significativa, en el cual el tema de inclusión social de personas negras, *palenqueras*² y *raizales*³ está ocupando desde hace muchos años, distintos espacios en las esferas de debate y decisión política, actualmente, no hay ley que disponga este tipo de inclusión en su legislación. La experiencia brasilera sobre cuotas en este caso servirá de ilustración y ejemplo para la adopción de sistemas de inclusión social semejantes en Colombia.

Se acredita que la asimilación de esta tecnología normativa e institucional brasilera podrá ser aplicada en Colombia, como un aporte y transferencia de conocimiento, siendo este, uno de los objetivos con los que participe en el programa de la Organización de Estados Americanos (OEA) como alumna becaria, en el que justamente la formación de cuadros cualificados, el fortalecimiento entre los programas de cooperación e intercambio y nuevas tecnologías; Son las finalidades para la mejoría de las instituciones y de las sociedades Latinoamericanas.

Pues bien se encontró que en Brasil el tema de abordaje en cuestión es fuertemente debatida, ocupando espacios importantes en teorías de la justicia, teoría política, teoría constitucional, y derecho constitucional. Siendo el interés de esta

¹La Ley 12.990, sancionada el 09 de junio de 2014, complementa la política de acciones afirmativas inaugurada con el Estatuto da Igualdad Racial (Ley 12.288, de 20 de julio de 2010). La referida ley dispone sobre la obligatoriedad de la previsión de una reserva de 20% de los cupos en editales de concursos para proveimiento de cargos efectivos y empleos públicos en el ámbito de la administración pública federal, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta controladas por la Unión. Nótese que la institución de esta política de cuotas es restricta a la Administración Pública Federal, no alcanzando los Poderes Judicial e Legislativo de la Unión, ni los demás entes federativos. Nuevos títulos legislativos, ciertamente, más adelante, contemplaron os demás Poderes da Unión y los Estados y Municipios con iniciativas análogas.

² Como población Palenquera: Es la única comunidad afrodescendiente de Colombia que conserva una lengua de origen africana, ya que su organización como palenque (comunidad de esclavos cimarrones en busca de libertad) les permitió mantener muchos de sus trazos originales africanos. Esta categoría es un reconocimiento a la lucha de esta población por la conservación de su identidad que data desde el siglo XV, y que requiere una atención especial, razón por la cual la UNESCO le confirió, en el año 2000, el reconocimiento como Obra maestre del Patrimonio oral e inmaterial de la Humanidad, en Noviembre de 2005.

³ Como Raizal, el concepto referido por la Constitución Política de 1991, en el artículo 310, la determina como las comunidades afrodescendiente pertenecientes a San Andrés y Providencia; especificada en las Sentencias C-530 de 1993 e C-454/99 da Corte Constitucional da Colombia; entre más detalles se define como la población que ha sido sujeta de políticas, planos e programas especiales dadas sus particularidades socio – culturales diferenciadas de otras comunidades negras del continente colombiano.

investigación, presentar elementos para la discusión en una futura aplicación normativa e institucional (ya desarrollada en Brasil). Sumado a ello, la discusión en esta disertación podrá permitir el conocimiento de herramientas que fueron reconocidas como normas sociales internacionales para la aplicación de cuotas, como también herramientas para analizar el desenvolvimiento histórico y conceptual de políticas públicas.

La presente investigación se distribuye en cuatro secciones. Incluyendo esta introductoria como la primera, conteniendo una justificación y los objetivos de un estudio comparado, relevante para el análisis de la relación que se pretende vincular a dos estados con la existencia de su población negra y las cuestiones de legitimidad que aplican en sus políticas públicas específicamente de acciones afirmativas como desarrollo del principio de igualdad a partir de sus constituciones; La apertura que permitiría tener claridad de los siguientes puntos a tratar en este trabajo.

En la segunda sección se propone analizar las constituciones de dos Estados en los tratamientos isonómicos que dispensan las poblaciones negras, hará necesario enfocar parte de la investigación en el desarrollo cuidadoso del principio de igualdad, para armonizar, la investigación comparativa del ordenamiento constitucional brasilero y colombiano en el tratamiento específico de las políticas de cuotas de poblaciones negras para el acceso a la educación superior, mediante la utilización de fuentes como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad, de orden nacional e internacional.

En ese sentido este análisis está dirigido a comparar dos estados bajo un sistema democrático, que revela la necesidad de adoptar leyes que concedan derechos de igualdad para las comunidades negras, consagrados en sus Constituciones. Resolviendo la controvertida constitucionalidad de políticas de cuotas como acceso a la educación, con las siguientes variables argumentativas: el derecho a la igualdad y justicia social, siendo que el reconocimiento constitucional de las comunidades negras como sujetos políticos e diferenciados, constituidos por múltiple gama de intereses compartidos que luchan contra la dominación y la opresión, inauguraron nuevas prácticas de legitimación buscando además de igualdad el derecho a la diferencia, a la autonomía, a la tolerancia.

“Trátese de un nuevo significado de Justicia”, “de derecho a la igualdad de oportunidades interiorizadas por los nuevos movimientos sociales”, “no se reduce a una manifestación subjetiva, estática y abstracta, más si hace por una lucha efectiva, por oportunidades iguales en el proceso de producción y distribución”. Al fundar su

legitimación en consenso de los grupos de interés, en las diferencias culturales, en la operación de la Justicia, en los marcos del pluralismo democrático, se transponen principios de igualdad de tenor individualizante y formal, integrándose para un contexto histórico y comunicativo de igualdad social efectiva. (DWORKIN, 2003; BOSSUYT, 1998; YOUNG 1999; ALEXU, 1993).

En el campo de la educación superior, dos propuestas relativas a las acciones afirmativas merecen ser recordadas. La primera es la de promoción de la igualdad de posiciones, para auxiliar a la superación de estereotipos negativos. Y la segunda trátase de las necesidades de formación de lideranzas, personas que puedan ocupar puestos privilegiados en la comunidad y también mitigar la perspectiva del determinismo racial. En las sociedades con minorías sub-representadas, en el caso en particular, es importante la adopción de medidas tendientes a remediar las desigualdades e impedir la perpetuación de la estratificación social.

La tercera sección tiene por objeto clarificar algunas cuestiones conceptuales e históricas, que son centrales para entender el desarrollo de la investigación. Un análisis de la historia de políticas públicas de Brasil y Colombia, detalladamente del sistema de cuotas como acciones afirmativas. Implícitamente el proceso de construcción de la cosmovisión política de las comunidades negras, sus concepciones ideológicas y sus prácticas políticas como interrelación con el Estado.

Las democracias latinoamericanas, y la colombiana en particular, siguen mostrando serias deficiencias en términos de representatividad de comunidades afro en sus instituciones políticas. La poca presencia de negros en los respectivos parlamentos, muestra el bajo impacto de políticas que permitan ejercer condiciones reales de igualdad de derechos para la población afrocolombiana⁴ que han de ser auténticamente representados.

El Estado colombiano no definió de forma específica en su legislación, políticas de promoción da igualdad o políticas cuotas para ser más preciso en el acceso de comunidades negras para la educación superior, hasta la fecha sólo se presentan como proyectos de ley sin ser aprobados, resultando también objeto de estudio para esta

⁴ El termino población afro-colombiana, o comunidades negras en Colombia, se refiere a los actuales descendientes de los negros africanos que fueron arrancados de sus territorios de origen para traer a este país en calidad de esclavos

investigación, determinándose estas, como las iniciativas propuestas en el debate en Colombia para la implementación de políticas que corresponden al propósito de las acciones afirmativas teniendo en cuenta que “la legislación es la herramienta al apoyo legal en frente a los problemas discriminatorios, abuso de poder, exclusión o ausencia de representación” (MOSQUERA, 2009; VIAFARA 2015).

Específicamente compárese la construcción normativa e institucional de impacto de las políticas de cuotas implementadas en educación superior en Brasil, frente a los convenios celebrados con total autonomía por parte de las universidades públicas colombianas, encontrando ese vacío legislativo colombiano con referencia al acceso de la población negra ya disciplinada en ley en el ordenamiento jurídico brasileiro, la Ley 12.711/2012,⁵ que dispone cuotas para el ingreso de estudiantes de escuelas públicas en universidades federales e instituciones federales de enseñanza técnico y medio. Representando un avance en consecución del principio de igualdad, previsto en la constitución. Razón por la cual no basta que el Estado prohíba la discriminación o se abstenga de discriminar; Importa, también, actuar positivamente en el sentido de reducción de las desigualdades. (GUIMARÃES 2005; SANTOS, 2013; FERES JUNIOR, 2013).

Abriendo paso para la cuarta sección donde se toma como punto de comparación algunas sentencias dictadas por los tribunales con competencia constitucional, en los cuales se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado. Así mismo, se analizara la forma en que se ha razonado en dichos órganos para dotar a principios generales de un contenido normativo concreto a partir de normas internacionales de derechos fundamentales. Estos últimos, son casos en que la consagración constitucional está expresada en términos genéricos, por lo que para darles operatividad, fue necesario

⁵ En Brasil, el Supremo Tribunal Federal se manifestó sobre la cuestión en el juzgamiento de la ADPF 186, aforada por el Partido Demócrata contra la política de cuotas étnico-raciales para el ingreso de estudiantes en la Universidad de Brasilia – que reservaba el 20% de los cupos para negros y un pequeño porcentual para indígenas por el plazo de 10 años. El STF juzgo a ADPF 186 improcedente por unanimidad en abril de 2012, creando, de esta forma, un importante precedente referente a la constitucionalidad de las acciones afirmativas en Brasil. Según el relator Ministro Ricardo Lewandowski: “Para posibilitar que la igualdad material entre las personas sea llevada a efecto, el Estado puede lanzar mano sea de políticas de cuño universalista, que cubran un número indeterminado de individuos, mediante acciones de naturaleza estructural; o bien sea de acciones afirmativas, que atiendan grupos sociales determinados, de manera puntual, atribuyendo a estos ciertas ventajas, por un tiempo limitado, de modo a permitirles la superación de desigualdades decurrentes y de situaciones históricas particulares. Traducción nuestra.

dotar a dichos mandatos normativos de contenido concreto. Concluyendo, su operación y adopción dentro del sistema normativo de Brasil y Colombia.

Que bien podría entenderse como las consideraciones finales de la sección donde se analizara por qué sería posible la adopción del sistema brasileiro de políticas de cuotas en el acceso a la educación superior, para la población negra en Colombia, teniendo en cuenta que la experiencia brasileira será vista como algo parcelar, la cual también se encuentra sujeta a los futuros ajustes, mejorías y reformas.

Finalmente la realidad de nuestras sociedades exige que lo legislado sea implementado mediante acciones que desenvuelvan derechos reales superando la igualdad tanto formal como material en relevancia a la protección de los derechos fundamentales y como herramienta constitucional en el momento en que sean adoptadas como leyes, contextualizando no sólo en la distribución, sino no en los conceptos de dominación y opresión, en el ámbito de los procesos de toma de decisión, de la división de trabajo y de cultura para superar los conflictos de las existentes y nuevas formas de organización de la población negra.

Este análisis contribuirá sin duda alguna al debate de la futura sistematización y construcción normativa de la comunidad científica y jurídica Colombiana, resáltese que la investigadora es natural de un territorio con fuerte influencia de la cultura afro-colombiana, por esto, el análisis de la experiencia brasileira y sus avances de la política de cuotas será importante para la realización de proyectos personales, además de considerarla como una contribución social a la futura adopción de medidas políticas, social, económicas y culturales de políticas públicas afirmativas para su comunidad.

2. ASPECTOS GENERALES DE LAS POLÍTICAS DE CUOTAS

Establecer si las políticas de cuotas son efectivas o no, constitucionales o no, es una latente discusión en la coyuntura de las obligaciones del estado y es un tema de mucha extensión, no obstante cuando se trata de exponer los aspectos generales de las políticas de cuotas destacados autores dentro del campo dogmático jurídico han dividido o se las ha distinguido de otro tipo de acciones afirmativas por tanto es necesario destacar “La diferencia Fundamental entre la regla de la prohibición de discriminaciones y el principio de las acciones positivas, que puede formularse muy expresivamente desde la interpretación que realiza Dworkin como hilo conductor de nuestro trabajo, “Los individuos tienen dos tipos diferentes de derechos: uno es el derecho a igual tratamiento, cuyo contenido es una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas; el otro es el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de cargas y beneficios, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquier otro. Pues bien, como quiere Dworkin, mientras que el derecho a ser tratado como un igual (trasladado al esquema, la regla de prohibición de discriminaciones) es fundamental o inderogable, el derecho a igual tratamiento (en nuestros términos, sistema de cuotas) es derivado o relativo” (DWORKIN, 1984, p. 332).

Derivado o relativo en el sentido que implícita o explícitamente, funcionan siempre en las prescripciones de una acción positiva en términos absolutos (tratándose de números o porcentajes) bien para obtener una manifestación inmediata de la igualdad, o bien para lograr una igualdad remota. En este último caso se suele decir que la acción afirmativa promociona o promueve el objetivo de la igualdad y que las cuotas sirven para atribuir directamente a la población susceptible, un resultado (como igualación en los resultados). En el sistema de cuotas además de garantizar la igualdad en el punto de partida, también se da un resultado estricto que es el cumplimiento del porcentaje asignado, en cumplimiento de una disposición normativa.

Hasta el momento hemos desarrollado un marco preliminar dentro del campo de las políticas de cuotas, más conviene señalar otros aspectos generales de las acciones afirmativas.

2.2. Las acciones afirmativas

El sentido de lo que es público supone dos situaciones: una, en el contexto de la distribución equitativa de la riqueza material y espiritual de la sociedad, sobre la base de mayores niveles de equidad y justicia, por efecto del beneficio común; Dos, en el marco de la política y la cultura, que implica la necesaria construcción de acuerdos sociales sobre la base del reconocimiento de la diversidad y del diálogo intercultural en función del interés colectivo. Los acuerdos sociales no son la homogeneización de los intereses para toda la sociedad en conjunto, es la construcción democrática e incluyente desde la diversidad. Son estas, nociones fundamentales para el estudio de las acciones afirmativas, como tarea encomendada al Estado, para que pueda satisfacer las necesidades colectivas de desarrollo económico, social y político. (GRUPAETNIA, 2008)

De este modo, la comprensión inicial de lo que implica una política pública que asume el carácter regulador, se presenta como un “espacio de argumentación y confrontación que implica una *acción* de gobierno en virtud de la materialización de intereses, cada vez más colectiva e inclusiva, como una manera de desarrollar la democracia”.⁶

Esta acción, que implica el cumplimiento del gobierno y las expectativas de los intereses colectivos, hasta hoy se materializan como una acción afirmativa, la cual será descrita como objetivo de este capítulo junto a la concepción de las políticas de cuotas. A fin de argumentar este análisis es importante reproducir los conceptos de la teoría del autor Ronald Dworkin⁷, quien afirma que la acción afirmativa se basa en el principio de la igualdad, según el cual todas las personas merecen consideración y respeto bajo una concepción de justicia redistributiva. Como también será importante contrastar las referencias de otros autores adeptos y promotores de las políticas de

⁶ Grupaetnia es un grupo de investigación en etnoeducación, pronunciándose del caso colombiano para la adopción de políticas públicas, en contexto al documento elaborado por el observatorio de política pública educativa del IDEP en: Participación e incidencia de la sociedad civil en las políticas educativas: el caso colombiano. 2003 p.11.

⁷ Para Dworkin, una comunidad política, para ser legítima, debe tratar a todos sus miembros como iguales, y esto se debe proyectar tanto en el diseño de las prácticas e instituciones económicas, como en sus concepciones de la libertad, comunidad y democracia política. Esto requiere de una teoría de justicia redistributiva que corrija las condiciones de mercado o los resultados de la historia. En *virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona. Paidós, 2003 p. 419 y ss.

cuotas, quienes reconocen en estas, como la acción constitucional para superar las desigualdades sociales de las comunidades negras para el acceso a la educación superior.

2.2.1. Contexto histórico de las acciones afirmativas

La conceptualización e implementación histórica de mecanismos de restauración simbólica, cultural y económica de carácter colectivo necesitaron ampliarse a las diferentes formas de violación de derechos humanos y no limitarse a las formas violentas de conflicto, permitiendo así que se tengan estrategias de reparación diferencial de otras modalidades de violación de derechos. Pensemos aquí en el campo educativo, y especialmente en las acciones que a partir de la gran depresión de la segunda guerra mundial y el movimiento de los derechos civiles, se despliegan y se popularizan como intervenciones públicas, con el fin de satisfacer las demandas de los sectores sociales determinados; en este sentido autores como Laswell señalan como época trascendental de una orientación política importante para los colectivos o grupos sociales, porque es cuando aparecen nuevas directrices para el análisis político, entre otros, el enfoque de procesos decisorios o ciencias políticas de la democracia. (LASSWELL, 2000, p. 93)

En este contexto se produce una amplia discusión teórica sobre el diseño y la estructura de las políticas públicas, ellas se entienden como una conformación de objetivos colectivos, considerados necesarios, deseables y convenientes, por medio de acciones, manejados por una institución u organización gubernamental con el propósito de guiar el comportamiento de los actores, ya sea de forma individual o colectiva.

Las políticas públicas tienen su origen en el surgimiento de los Estados nacionales, al eliminarse las antiguas formas estamentales de origen feudal, junto con la revolución industrial y el desarrollo del capitalismo, en razón a la fuerte necesidad de crear una autoridad que permitiría mantener la seguridad externa, el orden interno, proteger la propiedad privada y al mismo tiempo garantizará las condiciones para el cumplimiento de los contratos.

Fueron entonces las desigualdades sociales, a partir de las transformaciones económicas, políticas y culturales, con diferentes amplitudes e intensidades, que

desarrollaron el aumento de los procesos de individualización y la conexión entre la desigualdad dinámica y estructural⁸.

El autor Charles Taylor hace un interesante estudio de la multiculturalidad, producto de los fenómenos sociales como la desigualdad en el que se describe un extenso análisis de las razones y mecanismos para su reconocimiento, lográndose identificar tanto a los grupos sociales, en las sociedades multiculturales con regímenes liberales, como el de posturas filosóficas y políticas. “Hay una forma de política en materia de igualdad, consagrado en los derechos del liberalismo, que no tolera la diferencia, ¿por qué?, a) insiste en la necesidad de una aplicación uniforme de las normas que definen estos derechos, sin excepción, y b) desconfía de las metas colectivas. El liberalismo no constituye un posible campo de reunión para todas las culturas, sino, la expresión política de un cierto tipo de culturas, que resulta totalmente incompatible con otras culturas”. (TAYLOR, 1993, p. 90)

Con el paso del tiempo y el avance de las políticas de los Estados nacionales, se desarrolló un término novedoso: “acciones positivas”, haciendo referencia a políticas públicas cuando dicen que son:

"políticas o medidas para fomentar cierto grupo de personas, a fin de eliminar o reducir las desigualdades sociales, culturales o de circunstancias económicas que les afectan, o conseguir que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación"
(GREENWALT, 1983).

Estas concepciones surgieron ante extensas contingencias, y fueron desarrolladas con mayor expectativa en planteamientos del estado social de derecho, en respuesta al llamado enfoque de bienestar, bandera de sus orientaciones, las cuales fueron reconocidas como medidas de tipo asistencial, en el que la sociedad era considerada como objeto pasivo de intervención social, donde se proporciona el acceso a un determinado grupo de la población a los servicios y recursos básicos, para garantizar un

⁸ BAUMAN, Z. describe muy bien la diferencia entre los fenómenos de largo plazo y las expresiones habituales de una “larga transformación” como es claramente el caso de las comunidades negras. Considera fundamental comprender las características preeminentes de una larga transición a fin de identificar tendencias sociales. VECCHI, Benedetto. Introdução. In: BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 7-14.

mínimo de condiciones de vida a los ancianos, niños abandonados y quienes son incapaces de defenderse a sí mismos, principalmente.

Teniendo en cuenta la incapacidad del Estado para brindar asistencia social universal por su debilidad fiscal, se vio la necesidad de focalizar las intervenciones sociales y para garantizar que la protección social se logra mediante la aplicación de un sistema de seguridad en el que el acceso a los derechos sociales está condicionado a la obligación de hacer aportes. Y un tipo de imposición de un modelo de política de seguridad social, basado en los criterios de riesgo social.

Hasta el final del siglo XX, la política social se centra en las estrategias de reducción de la pobreza, el cambio social que se quería, contaba con la participación de la población en los procesos de transformación, en la prevención de la guerra y la reducción del sufrimiento humano, entre otros. (FILGUEIRA, 1997, p. 29)

En este contexto se deduce, que las políticas públicas están conectadas a una verdadera eficiencia, sólo si se logra involucrar a la ciudadanía en igualdad de oportunidades desde líneas estratégicas, de ahí que esas estrategias procuren esa igualdad desde acciones afirmativas como también positivas⁹.

Ahora bien, entendiendo la conexión de estas políticas públicas como acciones desde un sentido positivo y afirmativo, encontremos la necesidad de porque considerarlas como la efectivización de políticas bajo el principio de la igualdad de oportunidades, lo que resulta evidente desde estudios específicos en el tema hasta detenerse en una simple observación de la realidad actual; la adopción de estas políticas fueron necesarias, dado que existen grupos de personas que fueron y siguen siendo discriminadas por una

⁹ En la misma dirección se expresó el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Sr. Marc Bossuyt, al señalar que: Acción afirmativa es un término de uso frecuente, pero desgraciadamente no siempre tiene el mismo significado. Aunque para algunos el concepto también encierra la discriminación positiva, es de suma importancia recalcar que este término no tiene sentido. De acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra discriminación exclusivamente para designar distinciones arbitrarias, injustas o ilegítimas, el término “discriminación positiva” es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse discriminación, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse positiva. En cambio, el término acción positiva es equivalente a acción afirmativa. El primero es de uso más frecuente en el Reino Unido. En muchos otros países, se conoce con el nombre de políticas de preferencia, reservas, justicia compensatoria o distributiva, trato de favor, etc. Como concepto jurídico, la acción afirmativa tiene su lugar en el derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general. La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva (BOSSUYT, 1998, p. 12)

condición que se remonta a la historia de las comunidades negras y que no tienen ninguna correspondencia a sus características fenotípicas.

Así, la acción afirmativa, en términos generales, se entiende como estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades, por medio de medidas que son el resultado de la política para compensar o corregir la existencia de siglos de discriminación contra ciertos grupos. Estas acciones pueden ser desarrolladas en diversos campos de la competencia estatal, las instituciones y organizaciones públicas, educativas y políticas etc., “Cuando se sugiere que la ley existente guiada por la idea de igualdad no es efectiva, puede tener que ser complementada con normas dirigidas por la idea de la desigualdad” (ESPANHA, 2009, p. 175).

Las acciones afirmativas fueron desarrollados con éxito, particularmente en los Estados Unidos y gran parte de Europa, el caso de mayor impacto ocurrió con una sentencia en el plano de la jurisprudencia sobre la acción afirmativa, caso *Brown V. vs. Board of Education*. En ella, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró inexecutable la política de "separados pero iguales", en la que se afirma que los negros y los blancos tenían acceso a los mismos servicios pero en espacios y lugares diferentes. En uno de los pasajes más importantes del mismo, el Tribunal admite que:

*"La segregación de los niños blancos y de color en escuelas públicas perjudican a estos. Este efecto nocivo es aún mayor cuando la segregación recibe los parabienes del derecho, porque la política de separación de las razas es interpretada en general como un índice o una sugerencia de inferioridad de quien es negro. Este sentimiento de inferioridad afecta la motivación de los alumnos para aprender. La segregación establecidos por el derecho, tiende, de ese modo, a retrasar el desarrollo escolar y la salud mental de los niños negros y a privarles de ciertas ventajas que un sistema escolar integrado podría ofrecerles"*¹⁰

Esta doctrina se extendió rápidamente a diferentes países del mundo, hasta el punto de que hoy los países como Suecia o Dinamarca poseen los mayores niveles de igualdad y equidad de género; en Europa del este, por ejemplo, se han planteado acciones

¹⁰ En mayo de 1954, en una decisión histórica en el caso de Brown vs. Junta Escolar, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales. El nombre del caso, Brown, se refiere a Oliver Brown, el afroamericano que procuró una reparación legal cuando a su hija Linda, de siete años de edad, se le negó admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la pequeña ciudad de Topeka, Kansas, en el Medio Oeste de Estados Unidos, donde vivían en aquel entonces. caso Brown vs. Board of education de Topeka 347.

afirmativas para disminuir la discriminación contra los migrantes y fomentar la participación de la mujer en la política, en América Latina, por su parte también cuenta con la implementación de acciones afirmativas, sólo que a un nivel y una intensidad diferente. Así, por ejemplo, en la Constitución de Argentina, Perú, Colombia,¹¹ entre otros, se dispusieron un conjunto de reformas para alentar la participación de las mujeres no sólo en espacios electorales, sino también en el ejercicio de funciones públicas.

El impacto global de estas medidas puede determinarse sobre la base de niveles de representación y participación de los distintos grupos y colectivos en la actualidad de nuestros estados, que, según la autora, Julissa M. pueden determinarse en la medida en que además de ejercer de forma más robusta sus derechos, también pueden influir de manera decisiva en las cuestiones que les afectan. (MANTILLA, 2013, p. 143).

En Brasil el proceso de inclusión, re-significación y fortalecimiento a través de las acciones afirmativas fue importante para la comunidad negra tanto o igualmente parecida en Estado Unidos de América, de acuerdo a lo que fue considerado por el ministro del Tribunal Federal Supremo, Joaquim B. Barbosa, acerca de la importancia y pertinencia para el pueblo brasileño:

"El problema es de trascendental importancia para Brasil y para el derecho brasileño, por dos razones. En primer lugar, al tener una incidencia directa en la que es, sin duda, el más grave de todos nuestros problemas sociales (que, curiosamente, todos fingimos ignorar), lo que está en la raíz de nuestros problemas, de nuestro gritante y vergonzoso marco social -es decir, los diferentes mecanismos por los que, a lo largo de nuestra historia, la sociedad brasileña fue capaz de proceder a través de las más diversas formas de discriminación, a la exclusión y al desalineamiento de los negros del proceso productivo y consecuente de la vida social digna. En segundo lugar, por abordar un tema de derecho constitucional comparado y de derecho internacional, pero que, curiosamente, desatendidos por los sistemas jurídicos nacionales, especialmente en el ámbito del derecho constitucional". (Traducción nuestra)

Por otra parte, reconocidos autores se suman al concepto de acciones afirmativas como un resultado de la lucha que venían llevando los grupos representativos de comunidades negras, al considerar que "las políticas públicas son el resultado de las

¹¹ En Colombia, la única política de cuotas referida en una ley contempla y promueve la participación de las mujeres en cargos públicos. Ley Estatutaria 581 de 2000.

fuerzas sociales en conflicto, lo que provoca que la forma y el contenido de las mismas estén directamente asociadas con la combinación de factores estructurales y coyunturales del proceso histórico de un país”. (MACIEL, 2014 p. 1)

De modo que las acciones afirmativas, se consideran como parte integral de las soluciones que se ofrecen a las tensiones sociales, como políticas públicas, dado que estas tensiones corresponden a políticas que afectan positivamente la historia de Brasil.

Sin embargo la acción afirmativa, para otros autores, afectan negativamente o por lo menos no consigue los objetivos propuestos e implementados como política, por tanto son objeto de críticas; Entre ellas, las realizadas por el Profesor Michael Sandel, al mismo tiempo defendidas por Ronald Dworkin. Sandel considera que la acción afirmativa no cumple su propósito, principalmente porque: a) Estigmatizan al grupo beneficiario de la misma, y b) porque la inclusión y la participación política (incluida la diversidad) no son el resultado de una medida paternalista. A su turno, el profesor Dworkin sostiene que la acción afirmativa ha demostrado ser una estrategia eficaz para promover y propiciar la igualdad en aquellos lugares donde existe un predominio de un grupo mayoritario sobre otros. (DWORKIN, 2003, p. 419)

En el caso de los Estados Unidos, señala Dworkin, como se ha demostrado que las acciones afirmativas han contribuido a promover la participación de los beneficiarios en ciertas esferas, como la política, el deporte y la educación, a las cuales no tenían acceso en el pasado, logrando una mayor intervención y asistencia por parte de estos grupos en las instituciones democráticas como en otros estamentos sociales.¹²

La crítica más recurrente suele ser la estigmatización que puede sufrir el grupo de beneficiarios, que de cierta forma infirió en sus inicios, en razón a que ciertos grupos que fueron favorecidos por estas medidas, al principio, sufrieron de hostilidad y discriminación. Pero también se ha demostrado que con el paso del tiempo y en la medida en que esas acciones, fueron creando mayores niveles de inclusión y participación social, la estigmatización fue quedando rezagada en el diseño de estas

¹² Debatido en el marco de las sentencias Regents of the University of California vs. Bakke, y Cheryl J. Hopwood vs. State of Texas, resueltas por la corte Suprema de los Estados Unidos y se refirió, en particular, a la aplicación de las acciones afirmativas en favor de estudiantes negros en el examen de ingreso de las universidades públicas. En: SANDEL, Michael. What's the right thing to do? London, Penguin Books. 2009, pp. 167.

acciones. Estas hostilidades cesaron con el beneficio adicional de la motivación a un cambio profundo en la concepción de estos grupos frente a ellos mismos y los demás.

Así mismo Dworkin, a la crítica apuntada por Sandel donde presupone la acción afirmativa como una medida que no produce un cambio real en la mentalidad de la gente, la califica como falsa, basado en colocaciones descritas de forma portentosa en el libro *The shape of the river: Long-term consequences of considering race in college and university admissions*, situaciones en las que se demostró como grupos minoritarios fueron integrados en la sociedad, permitiéndoles participar y ejercer en trabajos que hasta hace poco les eran esquivos, aumentaron en gran medida los índices de graduación entre estudiantes universitarios de estos grupos produciendo una mayor cantidad de líderes para sus comunidades, su entorno social y vecinal. (DWORKIN, 2003, p. 450).

De Barbieri García, alude respecto al debate que el conflicto se produce cuando se introduce una acción con una amplia gama de discriminaciones que se buscan corregir: de etnia, de género, de grupos, de edad, entre otras; generando conflictos entre ellas, es decir, las que se hayan desarrollado en los movimientos y grupos que al momento de reivindicarse y afirmar la condición humana, terminan por entrar en conflicto. En última instancia, las defiende como estrategias para ampliar y profundizar la democracia realmente existente. (DE BARBIERI, 2002, p. 28)

Lo que parece interesante, porque si bien es cierto de la existencia de conflictos entre ellas, el cual podría ser resuelto con los diferentes métodos para la materia, las acciones resultan en esa medida efectiva y confiable para cumplir con el propósito de una política pública porque sus estrategias siempre terminarán profundizando en una democracia real, hacia una igualdad efectiva como también real.

2.1.2 Concepto y aplicación de acciones afirmativas

Las colocaciones anteriores llevan una percepción de la historia y una breve concepción de las acciones afirmativas, teniendo en cuenta la pluralidad de definiciones existentes sobre acción afirmativa, analizarlas todas, sería un trabajo mayormente complejo y probablemente algunas podrían contradecir el objeto en el que se desenvuelve este estudio, por tanto, solo se hará referencia de aquellas definiciones que

coligen con las acciones afirmativas encaminadas al beneficio de comunidades negras también considerados grupos minoritarios o vulnerables.

Las referencias estudiadas llaman la atención sobre la necesidad de reflexionar en los distintos énfasis que dan los autores a las acciones afirmativas relacionadas con poblaciones negras, no siempre se usan los términos correspondientes o suelen ser comparadas con presupuestos diferentes a los que fueron creadas las acciones afirmativas, máxime tratándose de inferir en las características fenotípicas de una comunidad.

No obstante, la mayoría de estas definiciones coinciden en que se trata de disposiciones públicas que tienen por fin garantizar el principio de igualdad mediante beneficios en equidad de grupos o pueblos vulnerables, así como de las personas que a ellos pertenecen, promoviendo Estados democráticos en concordancia de lo articulado en sus constituciones.

Una buena parte de la discusión por definir las acciones afirmativas presupone un paradigma de justicia social - distributiva que poco interroga el asunto relativo a la organización institucional y el poder de tomar decisiones según Charles Young (2009, p. 197) referencia que se reanudara posteriormente, con la intención de llevarnos a los cuestionamientos finales de este trabajo, por ahora conviene reproducir la óptica de las acciones afirmativas respecto a la justicia que se constituye para beneficio de los pueblos negros.

Una visión integral de la justicia que aplica las medidas de acción afirmativa para las comunidades afrodescendientes nos ofrece la profesora Claudia Mosquera, en una profunda¹³ investigación de campo, para la autora:

“Durante el siglo XIX, la imposición de la esclavitud económica se mantuvo hasta 1851, a pesar del proyecto republicano que prometió igualdad, libertad y fraternidad como ideales de ciudadanía abstracta y universal. Hoy sabemos, que el ideal republicano no se cumple en el caso de los afrodescendientes. En el siglo XX, el carácter multiétnico y multicultural que asumieron muchos países de América Latina se adhirieron a la equidad, la libertad y la solidaridad como principios

¹³ Los libros “Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparatoria negros, afrocolombianos y raizales” y “Acciones Afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, raizal y palenquera. Entre Bicentenarios de las Independencias y Constitución de 1991” es una serie de estudios realizados con destacable contribución a debates sobre las Memorias de la Esclavitud y las Afro-reparaciones en Colombia desde el campo de los estudios afro latinoamericanos, afro brasileiros, afro estadounidense y afro caribeños.

de ciudadanía diferenciada que el estado y la sociedad civil deben concretar de manera dialógica". (MOSQUERA, 2009 p. 76)

Entonces la forma de concretar, afirma la autora, las desigualdades sociales concentradas en territorios de frontera y en las comunidades negras, portadoras de una historia silenciada dentro de la nación, revelando la ausencia de oportunidades que afectan a los procesos de cohesión social y democracia inclusiva, son una fuente de profundo desacuerdo socio-histórico que el estado y la sociedad no quisieran escuchar tan francamente, pero que requiere de la discusión y proposición de lo que sería justo para estas comunidades.

Corroborando con esa idea, Barbieri, considera las acciones afirmativas como estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades, a través de medidas que compensen o corrijan las discriminaciones resultantes de prácticas o sistemas sociales. Deben ser de carácter temporal y estar justificadas por la existencia de la discriminación secular contra grupos de personas, en razón de un largo proceso de discriminación, generando desventajas acumuladas y prejuicios muy intensos.

Por ello si no hay medidas específicas para remover esos prejuicios y compensar esas desventajas, entonces tomará muchas décadas superar la discriminación. En cambio, el acceso a las universidades o a cargos de responsabilidad, gracias a la acción afirmativa, de afro o indígenas tiene un efecto multiplicador que va más allá de los beneficiados, pues estos, pueden a su vez impactar positivamente a sus familias y comunidades, y la sociedad se acostumbra a que personas de esos grupos pueden competentemente ocupar cargos importantes o desarrollar exitosamente estudios universitarios. (BARBIERI, 1996 p. 11)

Bajo esa misma óptica Peter Wade¹⁴ destaca el concepto de acciones afirmativas, a partir de los procesos de exclusión que vivieron los grupos negros brasileños, y que a comienzos del siglo XX Brasil implementa en su esfera social, como políticas dirigidas a envolver más Afrodescendientes en la educación superior, donde es necesario que coincidan las reformas gubernamentales y las intenciones reales, que se definen como difícil, por la condición heterogénea del estado.

¹⁴ Las investigaciones del antropólogo Peter Wade marcó, sin duda, una ruptura en los estudios de las poblaciones negras en Colombia mismo en Brasil, las desligó de la imagen de las comunidades etnizadas e inscribió sus trabajos en las reflexiones sobre las desigualdades sociales y las múltiples subordinaciones que enfrentan estas poblaciones en el país, dentro de un orden jerarquizado socio-racial. WADE, Peter. *etnicidad multiculturalismo y políticas sociales en Latinoamérica*. Tabula R: Colombia. 2006, p. 59-81.

Sobre este asunto Guimarães Sergio Antonio, recalcó que el objetivo de la acción afirmativa es promover los privilegios de acceso a los medios de educación y empleo fundamentales, especialmente para las minorías étnicas, que de otra manera quedarían excluidos, total o parcialmente; Justificado por la posibilidad de corrección y su carácter temporal que resulta siendo cierta, ya que la propia ley establece el intervalo para la "deliberación de la igualdad", como posible inclusión, aun en medio del régimen de desigualdades sociales, modificando las acciones del Estado en el reconocimiento del derecho a la igualdad.¹⁵

En el mismo contexto el autor Guillermo Williamson¹⁶ señala la Educación Superior universitaria como uno de los mejores campos donde se ha aplicado la acción afirmativa y donde las tensiones, contradicciones y discusiones que conlleva su aplicación en sociedades neo-liberales con democracias formales y organización de una sociedad civil que se expresa con mayor fuerza.

El movimiento negro-afrodescendientes y los movimientos indígenas entre otros como las organizaciones de mujeres han demandado, en diversos países derechos sustentados en el bien común, justicia compensatoria y derecho a la igualdad y diversidad, es así como han buscado y encontrado respuesta a partir de esta definición, la meta fundamental es combatir las manifestaciones de discriminación por motivos de género, edad, nacionalidad o diferencia física arraigados en la sociedad, para promover la generación de transformaciones culturales una mentalidad colectiva y socialmente significativa. (WILLIAMSON, 2007. pág. 78)

Por su parte Claudia Mosquera Rosero agrega a las acciones afirmativas el concepto de procesos de construcción e inclusión caracterizados por la participación de las comunidades afrocolombianas como disposiciones de políticas, para la atención educativa de la población negra. Sin embargo, cuando se abre la posibilidad de acceso o distribución de ciertas características o servicios, tales como el acceso a determinados bienes, se subraya que el objetivo es "mejorar la calidad de vida de los grupos desfavorecidos y comprender el daño a la discriminación de que son víctimas". Esta legislación es un paso importante para liberar algunos grupos humanos de la opresión

¹⁵ GUIMARÃES, A. S. A. *El Acceso de negros às universidades públicas*. Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas, São Paulo: USP, n. 118. 2003, p. 247-268.

¹⁶ WILLIAMSON, Guillermo. Acción afirmativa en educación superior: *Dilemas y decisiones en tiempos multiculturales de globalización*. Vol. IV, No. 1. 2007, p. 77-101.

que significa precisamente la discriminación, teniendo en cuenta el hecho de que la experiencia está en constante transformación y bajo estos parámetros puede entenderse que los procesos establecidos para cambiar el fenómeno de la discriminación debe ser un ejercicio colectivo entre disciplinas sociales y espacios culturales donde hayan alternativas que aporten a la visibilidad del problema. Mosquera, termina señalando que:

“Las sociedades multiculturales enfrentan a menudo importantes desafíos cuando evalúan de manera objetiva las diferencias culturales que la constituyen. Expresan desigualdades de diversos tipos y que desquebrajan procesos de cohesión social interna. Las estructuras políticas y culturales de los estados multiculturales democráticos deberían garantizar forma de retribución económica y reconocimiento cultural, así como procedencia de la diversidad cultural presentes en espacios geográficos determinados en las esferas de liberación pública” (MOSQUERA, 2009, p. 69).

Cabe señalar que las definiciones citadas coinciden en tratar las acciones afirmativas como medidas públicas estatales y temporales, que se proponen efectivizar: el derecho a la igualdad, la equidad de grupos o pueblos vulnerables a fin de acceder o desarrollar una ciudadanía sustancial en un estado definido como democrático, teniendo en cuenta un elemento esencial como la justicia social.

2.1.3 Derecho de igualdad como fundamento de la acción afirmativa

El fundamento jurídico de la acción afirmativa y sus medidas como las políticas de cuotas descansa en varios tratados internacionales de derechos humanos, en particular la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*¹⁷, la *Convención de Durban*¹⁸, el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* entre otros instrumentos

¹⁷ En la declaración de la Convención Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia se reconoce la necesidad de implementar «medidas especiales, afirmativas o positivas». De acuerdo con la Declaración, estas acciones, son consideradas como un conjunto de estrategias para «lograr igualdad plena y efectiva de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia: a los africanos(as) y afrodescendientes; entre otros.

¹⁸ En la Declaración y el Plan de Acción aprobado en Durban reposan los argumentos más elocuentes de la condena universal contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia; de allí su especial relevancia en el momento de abordar las políticas de las acciones afirmativas para los afrodescendientes.

pertinentes. De la misma manera, hay una importante legislación aprobada por la Unión Europea y Estados Unidos¹⁹.

En los citados países se tienen leyes constitucionales sobre tales medidas con resultados valiosos en contexto a las realidades sociales, siendo cuestionable la controversia que se genera frente a la implementación o no de las acciones afirmativas focalizadas en la educación superior, resultando en la realidad o en la praxis el mecanismo más efectivo y eficaz para cumplir con lo dispuesto en la norma de normas, pero esta situación será propuesta más adelante, corresponde entonces reproducir colocaciones con respecto a la igualdad como fundamento de las acciones afirmativas en nuestro caso las políticas de cuotas.

Las acciones afirmativas de este tipo, se justifican a partir de tres argumentos jurídicos: 1. Reparación - como la garantía de un derecho especial como la igualdad, basada en la injusticia y discriminación en el pasado. 2. La justicia distributiva - como oportunidades de promoción igualitaria basada en el hallazgo de las presentes desigualdades y 3. La diversidad -como un elemento de selección y admisión a las universidades. (FERES JÚNIOR, 2005, p. 63)

Es preciso acotar el análisis del autor Feres Jr., el cual aborda un rango mayor de las propuestas teóricas universalistas (como la teoría de John Rawls) y teorías relativistas (como las de Charles Taylor) para remontarnos al fundamento base donde convergen estas justificativas, el *derecho a la Igualdad* sin lugar a dudas. Tratando de establecer una línea histórica; Surge el uso de las expresiones "acción afirmativa" e "igualdad sustantiva", significando la primera expresión un acto de las autoridades públicas, y la segunda, un derecho de fato, un resultado y no la suposición de una teoría, cuando se contrapone el Estado y mercado.

El Estado, arrastrado por una concepción liberal, era el lugar donde el valor de la igualdad estaba garantizado a todos como una formalidad por medio de derechos y deberes. El mercado, donde impera el mérito y a las personas le eran otorgados premios de acuerdo con la valoración que le etiquetaba la sociedad. Esa evidente desigualdad en

¹⁹La Unión Europea cuenta importantes avances en este campo. Basta con destacar la legislación relevante y una abundante jurisprudencia, con la que conmina a las autoridades a "... considerar la composición e implicaciones raciales de *todas* sus acciones. La obligación requiere que las autoridades adopten medidas activas para: Eliminar la discriminación racial, promover la igualdad de oportunidades entre personas de diferentes grupos étnicos y promover las buenas relaciones entre personas de diferentes grupos étnicos" (CIJ, 2000).

la concepción liberal, donde el Estado no interviene, lo que naturalmente surge de las necesidades y gustos colectivos ya implantados en la sociedad da cabida a la figura del Estado de Bienestar Social y con ella entra en escena el valor de la igualdad y se sobrepone el valor del mérito. (FERES JÚNIOR e ZONINSEIN, 2006, p. 12)

Para este entonces el objetivo primordial que la burguesía proponía, influyó decisivamente en la formulación inicial del derecho a la igualdad; Más que perseguir la igualdad entre todos, exige la creación de las condiciones necesarias o el marco adecuado para que cada sujeto pudiera obtener los mismos bienes. Esta formulación sesgada es perfectamente congruente con el pensamiento económico burgués: la acción de gobierno debía encaminarse a la producción en ciertas áreas y a la creación, en otras del libre mercado.

A pesar de la evolución que ha experimentado este derecho, aún guarda los rezagos como cualquier teoría de alto impacto. Su enfoque estrechamente relacionado con las teorías de la justicia, generó profundos interrogantes, sólo que, los elevados y evidentes niveles de desigualdad en los países latinoamericanos, creó un acuerdo implícito al respecto, puesto que no corresponde a la realidad se considera como no adecuado, que todos los programas sociales tengan un carácter universal, debiendo dar prioridad a los más vulnerables y posiblemente también a los sectores medio emergentes.

Sin embargo, en la actualidad esta idea sigue siendo desafiada. A su causa se retoman los apuntes que desarrollo Ronald Dworkin en su obra *el imperio de la justicia*, haciendo una corrección a la idea de los principios de la justicia propuesta por Rawls, al considerar que en el caso de la justicia no se pueden seguir los mismos criterios interpretativos que se sigue en el derecho²⁰. Manifiesta que la justicia es una institución que interpretamos para una buena adaptación a las prácticas sociales o políticas de cualquier comunidad, en tal sentido, la noción de justicia se expresa mediante aquellos acuerdos valiosos logrados por la comunidad de manera conjunta, racional e imparcialmente, “el supuesto que los hombres tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas” supuesto, que sirve de fundamento en su postura acerca de justicia. Dworkin insiste en la prioridad de los derechos fundamentales y en su carácter básico, lo que impide su sacrificio por parte de los

²⁰ Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona. Gedisa 1988.p. 63.

poderes públicos. La justicia distributiva debe hacer compatibles la igualdad de oportunidades y reparto de las libertades con la igualdad de consideración y respeto de los ciudadanos. (DWORKIN, 1988, p. 274)

En lo que se refiere a justicia distributiva, ya prevista desde Aristóteles en el capítulo V de *la Ética a Nicómaco* como justicia geométrica correctiva, destaca que se debe tener en cuenta las diferentes condiciones de las personas a establecer más derechos o menos obligaciones.

Al respecto Bobbio cita el principio de igualdad²¹, como en el que se resuelve la idea de justicia formal en el sentido tradicional de la palabra, un aporte a la necesidad de acciones para la efectividad de la igualdad material, el autor dice que todos aquellos que pertenecen a la misma categoría deben ser tratados del mismo modo. Pero ¿con qué criterio establecer las categorías? ¿Cuántos deben ser y cuál es su magnitud? Estos cuestionamientos revelan la necesidad de una acción con la que se resuelvan estas variables y aclaran cómo existe la necesidad de transformar criterios universales en criterios específicos para una comunidad con características especiales producto de su contextualización histórica. Para el profesor italiano, lo central en materia de derechos fundamentales será protegerlos y no justificarlos. Para este autor el fundamento de los derechos puede llevar a una discusión que impida que estos cumplan con su rol, o sea el de servir de protección a la personas.

Pues bien, retomando el contexto histórico, desde el estallido de las revoluciones norteamericana y francesa la igualdad jurídica se limitaba a unas pocas personas, esto es a los dueños del poder político, pero este mismo proceso transforma en su momento, a la igualdad, como uno de los fundamentos del estado moderno y el gobierno democrático como inspiración de estos movimientos, partieron de la eliminación de las formas de discriminación entre las personas y en la aplicación jurisdiccional de la ley, suprimiendo los privilegios únicos de las clases en el poder. En este contexto, el colectivo ha ganado visibilidad y fuerza, “el Estado comenzó a ser obligado a incorporar en sus reglamentos principios más específicos en favor de la población. Esto sucedió de forma más eficaz, en el siglo XX, con la inclusión de los derechos sociales y económicos aliados para garantizar el correcto funcionamiento del mercado”. (WALMOTT, 2003, p. 225).

²¹ BOBBIO, Norberto. *La Teoría General de la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Anteriormente se señaló que el Estado de bienestar y sus medidas asistenciales desempeñan un papel importante en la iniciación de las acciones afirmativa entre ellas las políticas de cuotas, por cuanto, al momento de la ruptura entre la legalidad y la igualdad, esta última se determina como la finalidad y punto de partida para la actuación del Estado.

Las primeras medidas legales adoptadas en favor de un grupo fueron aquellas donde el valor de la igualdad se superpone a un valor de mérito; El primer propósito con que el Estado recauda fondos a través de tasas e impuestos fue redistribuir esos recursos a fin de promover realmente el concepto de igualdad sustantiva. Sin embargo, se hizo evidente que el carácter universal desplegado por el Estado de bienestar, a pesar de las grandes inversiones para atender y satisfacer los sectores hiposuficientes de la sociedad, no tuvo ningún efecto sobre la desigualdad provocada por el racismo y la discriminación, siendo necesario desplegar nuevas acciones y estrategias.

Los demócratas conscientes de esto en 1960 comienzan los cambios. Algunos textos legislativos (Orden Ejecutiva 10,925, de 1961, y la Ley de Derechos Civiles de 1964) son para determinar la existencia de acciones positivas en la lucha contra la discriminación por motivos de raza, credo, color u origen. Estas medidas tenían como objetivo principal, aunque implícito, neutralizar la histórica discriminación contra los negros en los Estados Unidos. De esta manera, se observa que el mercado y los sectores que tenían relación con el gobierno obedecieran los criterios de equilibrio e igualdad de oportunidades. (FERES JÚNIOR e ZONINSEIN, 2006)

Desde el análisis del *derecho a la igualdad* como núcleo de pensamiento a las acciones afirmativas resulta claro que La justicia social es el argumento más citado, cuando se habla de equilibrio de oportunidades, que tiene como objetivo fomentar el bienestar de los desfavorecidos, desde el concepto de justicia de Aristóteles²² -quien restringe el tratamiento de la justicia y la injusticia al honor, a la riqueza y a la seguridad, diferenciando el practicar la injusticia contra la virtud Estatal, entre dos vicios opuestos, uno relacionado con el exceso y el otro con la deficiencia. - Hasta las teorías contemporáneas, interiorizadas por los nuevos movimientos sociales donde no se reduce

²² El concepto de igualdad que forman parte del patrimonio cultural del pensamiento occidental procede de Aristóteles en su famosa expresión "parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"

a una manifestación subjetiva, estática y abstracta, más si mediante la lucha efectiva por oportunidades iguales en el proceso de producción y distribución; señalándolo como un principio que está ligado a la toma de decisiones incluyentes, principalmente en y desde la esfera pública, política, Economía y Filosófica, entre otras disciplinas. Así el criterio básico para la fijación de una justicia de cuño social no son los padrones normativos a priori, racional y universalistas más si la historia concreta que parte de situaciones cotidianas. (YOUNG, 2000, p. 31-32)

Con razón se dice que toda sociedad incorpora de una u otra manera una idea de justicia en sus decisiones. La justicia, por lo tanto, se relaciona con la toma de decisiones imparciales para los afectados o beneficiados por las normas, bien sean estas políticas, jurídicas o morales. Young, por justicia entiende: “Aquellas condiciones institucionales requeridas para que los miembros de una determinada sociedad desarrollen y ejerciten sus capacidades y participen en la determinación de sus acciones”. (YOUNG, 1999, p. 101).

De esta manera, las pretensiones sobre la justicia marcan una relación inescindible entre lo igualitario, lo equitativo y lo imparcial, que conllevan necesariamente la búsqueda y equiparación de los grupos e individuos excluidos socialmente. Por consiguiente, se hace referencia a las instituciones sociales y a la forma como estas ejercitan mecanismos concretos para paliar la desigualdad social. Las teorías de la justicia deben abordar temas como la exclusión social, las desigualdades, los derechos de las minorías, la injusticia, el género, etcétera.

En línea con esta idea, la evolución que experimento la igualdad, a través del tiempo la aplicación estricta de la igualdad formal ante la exposición real para equilibrar las oportunidades, con la idea de justicia era incompatible; las crecientes brechas entre grupos sociales han generado una serie de exigencias para un tratamiento más equitativo. Ello se acentúa en los grupos que históricamente habían sido relegados. Por lo tanto, fue necesario construir un concepto de igualdad que permitiera tratos preferentes con el propósito de equiparar tal situación y revertir la discriminación histórica.

Evidentemente, dentro de otras clasificaciones, las medidas afirmativas también obedecen al principio de “igualdad de oportunidades”. Como hace recordar Sartori, “la igualdad que hoy más nos interesa es la igualdad de oportunidades; y también esa igualdad es bicéfala, puede entenderse de dos formas radicalmente distintas. En una

primera acepción, las oportunidades iguales vienen dadas por un acceso igual. En la segunda, vienen dadas por puntos de partida iguales” (SARTORI, 2009, p. 79).

Este aspecto también fue observado en las palabras del autor Alexy, “Quien desee crear igualdad, de hecho ha de aceptar una desigualdad jurídica”. Por otro lado, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad jurídica deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y con frecuencia, hasta las refuerza.²³

Ahora bien, se ha demostrado que la preocupación de tratadistas en la materia, gira en torno a la eficacia y aplicación del principio, considerando la necesidad de conciliar la igualdad formal con los alcances de la igualdad material y concebir un diseño que limite el abuso de poder siendo necesario que estas reposen en legislaciones y que se implementen como políticas.

Es así como “las leyes establecen normas de igualdad, pero las Acciones Positivas se hacen necesarias si se quiere llegar a la equidad, a una igualdad de condiciones de partida, a una igualdad real”. Una vez más, reproduciendo lo dicho por Bobbio, (MARTÍNEZ Y CLYDE, 1996, pág. 16-41) puede inferirse que se trata de una proporcionalidad entre la importancia de asumir en materia legislativa posturas de adopción de las acciones afirmativas y que estas sean con el propósito de corregir la desigualdad social, equiparar y revertir la discriminación de grupos, innegable a nuestra realidad social.

Es importante entonces mencionar los fundamentos jurídicos celebrados en convenios que instan a los países miembros adoptar estas acciones, evocando el principio democrático de la igualdad, entre ellos:

-La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)-, conmina a los Estados y a la cooperación internacional para que las estrategias de los programas encaminados a erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. En los artículos de la Declaración, es

²³ Alexy hace la distinción entre la igualdad de iure y la igualdad de facto. El derecho a una igualdad de iure puede ser formulado como un derecho, prima facie, a la omisión de tratamientos desiguales. El derecho de igualdad de facto, como un derecho prima facie a acciones positivas, o prestaciones en sentido amplio, por parte del Estado (p. 418). ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

posible identificar como fines ideales de las acciones permitir el ejercicio de los derechos y la integración social de las víctimas, así como la promoción de la participación de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones y de la corrección de esas situaciones que impiden el goce de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.

A su vez, el Programa de Acción de la Conferencia considera la acción afirmativa como una estrategia de creación de igualdad de condiciones para el ejercicio efectivo de los derechos humanos, basado en la garantía de la no discriminación en el acceso a los servicios sociales, el empleo, la vivienda, la educación y la salud.

Tanto en la Declaración como en el Programa de Acción existe una asociación entre la formulación y la implementación de políticas de acción afirmativa y el alcance de la igualdad plena y efectiva de quienes han sido víctimas.

Por su parte el (CERD) en su doctrina más reciente quedo plasmada en la Recomendación general N° 32 sobre medidas especiales, aprobada en el numero 75° período de sesiones, de agosto de 2009, en la que se contenían las recomendaciones anteriores sobre el tema. La citada Recomendación fue emitida con el objetivo de ofrecer, a la luz de la experiencia de la Comisión, una guía interpretativa y práctica sobre la importancia de las medidas especiales adoptadas con arreglo a la Convención.

A los efectos del documento señala el Comité que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 1° de la Convención, las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria, a fin de garantizarles, en condiciones de igualdad, al goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, donde no se producen, como consecuencia, el mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no permanezcan en vigor después del logro de los objetivos para los cuales se tomaron.

También puso de presente el citado comité que el párrafo 2 del artículo 2° dispone que los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias sugieren, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar condiciones de igualdad

el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos.

Para el CERD, el concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención deben ser complementados, cuando las circunstancias sugieren que, con la adopción de medidas especiales para garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos.

Misma relevancia cuenta la *Declaración y el plan de acción de Durban* si bien, en principio, las declaraciones aprobadas por los organismos multilaterales como las Naciones Unidas no tienen un efecto vinculante, expertos en derecho internacional reconocen el potencial marco jurídico de la misma, derivado de la fuerza de la costumbre. Así, por ejemplo, hoy nadie discute el carácter vinculante de la declaración universal de derechos humanos. De hecho, en la Declaración de Durban, destacaron el valor y la diversidad del patrimonio cultural de los africanos y afrodescendientes frente a la necesidad de asegurar su completa integración a la vida social, económica; se puso de presente que en muchas partes del mundo los africanos y los afrodescendientes tienen que hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas.

De igual forma, reconoce las consecuencias de las formas antiguas y contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia cuestiones conexas como graves desafíos a la paz y la seguridad en todo el mundo, la dignidad y la experiencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de muchas personas en el mundo, en particular los africanos afrodescendientes, personas de origen asiático y los pueblos indígenas. Para abordar esta situación, aprobó el Plan de Acción de Durban, quien presenta los siguientes aspectos pertinentes a las medidas de acción afirmativa en favor de la población afrodescendiente:

- Insto a los Estados Miembros a que faciliten la participación de los afrodescendientes en todos los ámbitos, políticos, económicos, sociales y culturales en la sociedad y en el progreso y el desarrollo económico de sus países, y para promover la conciencia y el respeto de su patrimonio y de su cultura.
- Pidieron a las naciones que, apoyados por la cooperación internacional, si es necesario, considerar favorablemente la posibilidad de concentrar nuevas inversiones en los sistemas de atención de la salud, la educación, la salud pública, la electricidad, el agua potable y el control del medio ambiente, así como en otras medidas de acción afirmativa o positiva en las comunidades integradas principalmente por los afrodescendientes.
- Insto a las Naciones Unidas, a las instituciones financieras y los organismos de desarrollo y otros mecanismos internacionales competentes para elaborar programas integrales para los africanos y los afrodescendientes en las Américas y en el mundo entero.
- pide a la Comisión de Derechos Humanos de establecer un grupo de trabajo sobre afrodescendientes.
- Insto a las instituciones financieras y de desarrollo y los programas operacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que, de conformidad con sus presupuestos y los procedimientos de sus órganos rectores:

A) asignar especial prioridad y destina suficientes recursos financieros, dentro de sus esferas de competencia y en sus presupuestos para la mejora de la situación de los africanos y los afrodescendientes.

B) desarrollar programas encaminados a afrodescendientes invirtiendo en recursos adicionales en los sistemas de salud, educación, vivienda, electricidad, agua potable y medidas de control sobre el medio ambiente, y a promover la igualdad de oportunidades en el empleo, así como otras iniciativas de acción afirmativa o positiva.

- Insta a los Estados miembros a garantizar el acceso a la educación y promover el acceso a las nuevas tecnologías, en favor de los africanos y los afrodescendientes.
- Alentó a los Estados determinar los factores que impiden la igualdad de acceso y la justa presencia de afrodescendientes en todos los niveles del sector público, incluida la administración pública, y en particular la administración de justicia.

En el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* un estudio sobre las medidas de acción afirmativa llevadas a cabo por la Comisión Internacional de Justicia muestra en detalle la amplia doctrina que en cuanto a las medidas de acción afirmativa ha desarrollado el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Cómo dicho instrumento no tiene una disposición específica sobre la cuestión, al igual que los demás órganos creados en virtud de tratados, la búsqueda del ideal de la igualdad y la no discriminación, el impulso de hablar en varias ocasiones.

Para los efectos de este análisis, basta con destacar la observación general. 18 que dice:

El principio de igualdad exige algunas veces a los estados parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que perpetúan la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a la situación. Las medidas de este carácter puede consistir en dar durante un tiempo al sector de la población que se trate un trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas constituyen una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2000, párr. 10).

Fundamental señalar la importancia de la *declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales* de 1978 donde se prevé en el párrafo 2 del artículo 9, que deben tomarse medidas especiales para garantizar la igualdad en dignidad y derechos de

los individuos y grupos humanos donde quiera que esto sea necesario, evitando dar a esas medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial.

Sobre el alcance del presente concepto de inclusión en la educación fue discutido en la Conferencia de la UNESCO de Tailandia (1990). Unos años más tarde, en la Conferencia de Salamanca (1994), esta idea se consolida y se promueve al tomar como punto de partida el reconocimiento de que la sociedad no es homogénea y la diversidad constituye un componente fundamental que merece ser revalorizado.

Esto supone un cambio sustancial del foco de análisis en la medida en que, tradicionalmente, se consideró a la diversidad una desventaja y un obstáculo a remover para construir sociedades homogéneas, requisito indispensable de un estado-nación en sentido clásico. En el ámbito educativo, supone el derecho al aprendizaje por parte de todos, independientemente de sus características individuales, con el fin de proporcionar atención al conjunto de demandantes según sus propias necesidades, lo que implica velar y generar condiciones adecuadas para la obtención de resultados favorables.

Por tanto, una vez más quedan expuestos los argumentos para que el *derecho a la igualdad* real o material, indistinto del término que se acompañe,²⁴ sea esté, el eje sobre el cual se apoyan las acciones afirmativas y la noción fundamental de las políticas de cuotas.

2.2 Las políticas de cuotas

No basta con reconocer las desigualdades de los grupos vulnerables o minoritarios y alentar a los países en desarrollo para adoptar en sus políticas públicas los tratados y convenios internacionales como acciones afirmativas para garantizar el derecho a la educación de estos grupos. Es necesario promover estas, como políticas

²⁴La igualdad, no es un criterio que mide mecánicamente a los individuos de la especie humana equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes y aun profundizando las causas de la desigualdad e inequidad sustancial, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus respectivos casos, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe presidir toda gestión pública. Sentencia T-823 de 1999 Corte Constitucional. Tomado de El Derecho a la Igualdad- Defensoría del Pueblo, Imprenta Nacional. Bogotá, D.C. 2001. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-823-99.htm>

eficaces, es decir, sólo “prohibir la discriminación no es suficiente para garantizar la igualdad de trato dentro de la diferencia”. (GOMES, 2001, p.44).

Conforme referencia Rosa Blanco la educación, “Es un bien común específicamente humano porque gracias a ella nos desarrollamos como personas y como especie, la educación hace posible el ejercicio de los demás derechos que contribuyen a la movilidad social y la comprensión y el diálogo entre diferentes culturas. (BLANCO, 2007, p. 18)

En relación a estas ideas está claro que cada individuo perteneciente a un grupo étnico tiene el derecho a la educación pública, siendo necesario tener prioridad en el tema de las políticas de su inclusión, equidad y de igualdad acoplada a sus diferencias, reconociendo la existencia de un estrecho vínculo entre la pobreza y la pertinencia étnica/racial, solo como referencia de la realidad del contexto en el que se aplican estas políticas, lo que hace que la población afrodescendiente sea uno de los sectores sociales más excluidos²⁵.

En ese sentido los gobiernos y las organizaciones internacionales han redoblado sus esfuerzos, encaminados a lograr la inclusión de esas comunidades. Recientemente tuvo lugar, en la sede de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Washington, D.C., un taller de expertos en materia de afrodescendientes en las Américas, organizado por el Departamento de Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. El Taller contó con la presencia de un destacado grupo de expositores, todos ellos procedentes de diferentes

²⁵Recientemente, en un informe del Banco Interamericano de Desarrollo se estimó que el tamaño de la economía del Brasil y de otros países latinoamericanos podría aumentar en más de un tercio si las personas de raza negra estuvieran plenamente incluidas en la fuerza laboral de sus países respectivos. Por ejemplo, las personas de raza negra del Brasil constituyen casi la mitad de la población (el 48%, es decir 80 millones de personas, según las estadísticas oficiales más recientes), pero su participación en la economía representa tan solo el 20% del PIB. El desempleo es un 50% más elevado entre los afrobrasileños que entre los blancos, y los empleados de raza negra ganan menos de la mitad que los de raza blanca. La mayoría de los afrobrasileños, el 78%, vive por debajo del umbral de pobreza, en comparación con el 40% de los blancos. La población de ascendencia africana de Colombia es, por su tamaño, la segunda de la región. Los afrocolombianos representan aproximadamente el 26% de la población total, pero constituyen más del 75% de los pobres y ganan un 34% menos que sus homólogos de otras razas. La falta de acceso al empleo y los salarios inferiores se cuentan entre los problemas que afectan a las personas de ascendencia africana de toda América Latina. La brecha que separa a las razas tiene amplias repercusiones sobre el desarrollo, particularmente en los países de mayor tamaño, como el Brasil y Colombia. Las personas de ascendencia africana no se han beneficiado de los avances en el ámbito del desarrollo y esta brecha socava el desarrollo de tales naciones en su conjunto. Ver en: CLAIRE Nelson & Stacy Richards-Kennedy. Banco Interamericano de Desarrollo. *Advancing Equity in Latin America: Putting Policy into Practice* Informe del Banco Interamericano de Desarrollo, 2006. Disponible en <https://publications.iadb.org/handle/11319/1757>

países de la región, en el que se abordaron una serie de temas específicos y de particular relevancia para nuestro análisis.²⁶

Estos temas además de la alta complejidad técnica, llevan un amplio espectro de consulta para quienes desenvuelven estudios de sustentabilidad de las acciones afirmativas junto a sus políticas o medidas, previendo el desarrollo de legislaciones futuras. Así se evidencio en los discursos presentados una reveladora preocupación por el acceso a la educación superior con respecto a la exclusión de los estratos desfavorecidos, provocadas por causas económicas y sociales, también se mostró preocupación por la mala calidad de la formación en niveles precedentes a la educación superior, lo que hace imposible el ingreso de muchos sectores de la población afro a la formación universitaria, y cuando logran ingresar lo hacen en condiciones de desventaja. En esta línea de razonamiento, se ha recompilado las concepciones de una de las modalidades de acciones afirmativas: *las políticas de cuotas en educación superior para comunidades negras*, que bien, nos acercaría al propósito descrito por estas medidas, pero que también exigió de un sigiloso estudio, mismo que para definir las acciones afirmativas, para las políticas de cuotas también existen un sinfín de definiciones o posiciones marcadas por las distintas corrientes teóricas, pero que finalmente las confirman como políticas legítimas.

Ese aspecto fue observado en el estudio de Taylor Ch. indicando que "la estima y el aprecio (expresiones de reconocimiento) tienen un papel importante a la subjetividad de los actores sociales, por lo tanto, debe ser colocado en el centro de las políticas de estado". Para el filósofo, la importancia del reconocimiento en nuestra época tiene que ver con la constitución de la identidad, justificando que:

[...] nuestra identidad es particularmente formada por el reconocimiento o por la ausencia de este, o aun por la impresión que otros tienen de nosotros: una persona o un grupo de personas puede sufrir un preconcepto o una deformación real si las personas o la sociedad que lo rodean, le remeten una imagen limitada o despreciable del mismo. El no reconocer o el

²⁶ Taller de Expertos/as de la Temática Afrodescendiente en las Américas/ organizado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos. Washington, D.C. 22 de enero de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/PublicacionOficial_TallerdeAfrodescendiente.pdf

reconocimiento inadecuado pueden causar daños y constituir una forma de opresión, que a algunos torna prisioneros de una manera de ser falsa, deformada y reducida (TAYLOR, 1992, p. 41-42)

Este estudio, como muchos otros, ha demostrado que la condición de las cuestiones étnicas y raciales si no son exactamente la explicación de las tasas más altas de pobreza que presenta la población afrodescendiente, si son un rasgo de influencia en dicha condición. Por un lado, la discriminación pre mercado priva a las personas afrodescendientes de disfrutar carreras educativas largas y de calidad, de saneamiento básico, de tener una buena nutrición, que restringe la formación de capital humano. Por otro lado, la discriminación de mercado produce inadecuados ingresos para las personas afrodescendientes que hacen grandes esfuerzos por invertir en capital humano, no permitiéndoles superar situaciones de pobreza y dejar un legado para la próxima generación, los cuales no podrán invertir en capital humano de calidad.

Esta óptica es compartida por el autor Carlos Viafara, quien sostiene que, “si la condición étnica/racial es un factor importante en la explicación de las desigualdades entre los afrodescendientes y no afrodescendientes, sólo con la aplicación de políticas de acciones positivas o acciones afirmativas, se mejoraría la calidad de vida de esta población y estimularía los procesos de movilidad social para quienes hacen grandes esfuerzos por invertir en capital humano”. En esta perspectiva, las políticas públicas requieren de acciones de intervención diferenciales para corregir esas desigualdades pre mercado soportadas en una jerarquía socio-racial de larga duración y neutralizar los comportamientos discriminatorios en el sistema educativo y en todos los mercados de bienes y servicios, así como en el acceso a los cargos de dirección en la sociedad civil y el Estado. (VIAFARA, 2009, p. 161-172)

Por su parte Mosquera confirma las preposiciones de Viafara, al mencionar que "cuantificar las desigualdades sociales concentrados en zonas de frontera y en los afrodescendientes, con una historia de fenotipo silenciadas dentro de la nación, revela la presencia de desigualdades sociales que afectan a los procesos de cohesión social y la democracia inclusiva, son el origen de un profundo malestar socio histórico que el estado y la sociedad no han querido escuchar tan francamente." (MOSQUERA, 2009, p. 49)

2.2.1. Concepto de las políticas de cuotas.

No es una elección al azar que las políticas de acciones afirmativas tengan la preferencia por implementar sus medidas en el campo de la educación para lograr sus objetivos. Las acciones afirmativas en la educación superior, o conocidas como políticas de cuotas, han generado un intenso debate y cuestionamientos, llamando la atención de la pluralidad de sus definiciones actualmente las políticas de cuotas son consideradas como constitucionales y son las medidas más exitosas en la materia.

Esta acción se configura como la práctica de establecer una proporción o número de cupos para los estudiantes en instituciones de educación superior y/o para trabajadores en el mercado laboral a partir de criterios sociales para un grupo de minorías considerado discriminado. Considerada así, por estar en los márgenes de la sociedad en condiciones desiguales para obtener los bienes necesarios para una vida digna; son realmente los grupos excluidos en contravención del principio de igualdad. Su objetivo es la concretización de un fin constitucional, es decir, la efectividad de la igualdad de oportunidades para todo agente social, siendo actualmente utilizada con el objetivo de promover la inclusión social de grupos “minorías” y la igualdad real entre todos los segregados socialmente y los que no sufren de esta condición.

En la comprensión de Gomes Barbosa (2001) las políticas de cuotas se tratan de mecanismos de inclusión diseñados por entidades públicas y privadas con jurisdicción, con miras a lograr que se efectivicen la igualdad de oportunidades de promoción constitucional. Estas políticas propician una mudanza de postura para el estado, puesto que antes aplicaba las políticas gubernamentales a través de un discurso de neutralidad e indistinción.

Propician mudanzas subjetivas en los sujetos, inducen transformaciones de orden cultural, pedagógica e psicológica, consubstanciando una variación en el imaginario colectivo, que pasa a deslegitimar la idea de subordinación racial y a valorizar la igualdad efectiva entre los distintos grupos sociales. En vista de eso, la adhesión de las políticas de cuotas como forma de ingreso en la educación superior, es ante todo, un desdoblamiento de reconocimiento por parte del Estado de las medidas de acción afirmativa.

Tales políticas, adoptadas por las universidades como procesos de admisión en sus programas, enfrentan un desafío de tomar determinadas categorías sociológicas como elementos estructurales de las políticas públicas educacionales, que atiendan las demandas de los movimientos sociales y del gobierno (DAFLON; FERES JÚNIOR; CAMPOS, 2013 p. 32).

La política más adoptada por las instituciones universitarias que acataron la medida, fue aquella que estipula un porcentaje de cupos que deben ser cubiertas por los miembros de grupos marginados, para revertir las desventajas históricas derivadas de procesos discriminatorios.

No en tanto pueden diferenciarse entre ellas mismas, confirmando las proposiciones de Bernardino "*la política de preferencia*, como su nombre lo dice, procura dar preferencia a los candidatos de grupos socialmente marginados. Mientras *las políticas de cuotas* estipulan un porcentaje para ser cumplido, las políticas de preferencia legislan que en el caso de candidatos con competencias similares -verificada por numerosos medios - se dará prioridad a la contratación de quien proviene de los grupos sociales marginados. Por su parte *Las políticas de permanencia* son el mantenimiento de personas de grupos marginados en los espacios que históricamente no han tenido acceso". (BERNARDINO, 2004, p. 84). Cuando nos remitimos al sistema de cuotas, no necesariamente nos referimos como una clasificación a la estructura de una acción afirmativa; por cuanto estos sistemas son apelativos, no son equivalentes, más una acción afirmativa si establece una especie de medida denominada como política de cuotas.

Sistemas de cuotas son un desarrollo del principio de igualdad, en su vertiente promocional o de equiparación entre sujetos iguales y son normas permisivas que establecen privilegios para determinados grupos en razón de la igualdad promocional; donde dicho grupo tiene un tratamiento normativo diferenciado al resto de la colectividad en busca de la igualdad real y efectiva. Retomando aquel concepto de Barbieri (2002), "el acceso a las universidades o a cargos de responsabilidad, gracias a la acción afirmativa, de afro o indígenas tiene un efecto multiplicador que va más allá de los beneficiados, pues estos pueden a su vez impactar positivamente".

Las políticas de cuotas garantizan la presencia de grupos que estén interesados en participar en la vida pública, dinamizar sus aspiraciones como individuos dentro y fuera de las comunidades a las que pertenecen. Por una parte, refuerzan la imagen social de ese grupo, al asegurar una representación permanente y por otra, neutralizan los prejuicios y la resistencia de participación, por los miembros de ese grupo. Las cuotas son un remedio adecuado para promover la equidad, no sólo porque permiten garantizar la participación de sectores excluidos de los niveles de decisión, sino porque además, lo hace sin perjudicar a la administración pública, ya que no se trata de un trato preferencial, sino de una oportunidad, permitiéndoles ejercer un cargo o una vaga para el cual cuentan con los méritos suficientes.

2.2.2. Las políticas de cuotas como medio efectivo del derecho a la igualdad

La igualdad, lo habíamos mencionado antes, no es un criterio que mide mecánicamente a los individuos de una comunidad, sino un principio jurídico que racionaliza las políticas de cuotas para ofrecer a la gente posibilidades efectivas y concretas para ver cumplida en sus respectivos casos dentro de sus propias circunstancias y dentro del marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe regir la acción de una política pública.

Relacionar las políticas de cuotas con la igualdad resulta arriesgado por la pluralidad de teorías presentes en ambos campos, afortunadamente existe un precedente y lazo de tiempo entre los países que adoptaron las acciones afirmativas en sus gobiernos. Estados Unidos, inicio a principios de la década de los 60s mientras que en América Latina se inician hasta inicios del año 2000, con algunas excepciones. El debate pasa por cuatro décadas de diferencia, Para Brasil y Colombia en ambas regiones, parecería justo que el debate avance, es de mencionar que las investigaciones se han centrado en la evaluación, en el impacto, en los sujetos activos y pasivos pero para el caso de Colombia aun no existen serias modificaciones que generen la transformación y el fin que buscan las acciones afirmativas en su especie las políticas de cuotas.

Con frecuencia, cuando se aborda el derecho a la igualdad, se invoca el principio de no discriminación. Por tanto no resulta extraño que cite a este derecho como el medio efectivo de las políticas de cuotas; En opinión de Angelo Papacchini , las demandas de los grupos marginados que exigen una atención especial por parte del Estado en respuesta a la carencia crónica de los medios de subsistencia, se sitúan todavía en el paradigma de la igualdad, puesto que lo que reclaman es que la desigualdad en cuanto a disponibilidad de bienes sea tomada en cuenta a la hora de distribuir la riqueza y asignar recursos. Tomar en serio las desigualdades significa, en este caso, luchar para que estas tiendan a desaparecer, gracias a una intervención del Estado centrada en la justicia social.

Según Papacchini, el problema de las desigualdades económicas y sociales constituye un reto para el ideal moderno de dignidad “reducir las desigualdades excesivas, que comprometen la valoración social y el auto respeto”. (PAPACCHINI, 1997, p. 43).

Un detallado análisis de los argumentos en que descansan las medidas de acción afirmativas apelando el derecho a la igualdad, para el caso de las políticas de cuotas, tema que nos ocupa, se encuentra en el reconocido y citado estudio titulado “El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa” de Marc Bossuyt (1998 p. 25)²⁷.

Allí se encuentran los aspectos más relevantes para la población afrodescendiente, cada argumento debatido a favor de las políticas de cuotas emerge de la defensa de las acciones afirmativas. Como ya se había mencionado la Convención de Durban dejó claro que los efectos de la esclavización y la trata transatlántica son la causa primigenia de la evidente situación de desventaja en que se encuentra la población afrodescendiente.

²⁷ BOSSUYT, Marc. “El concepto y la práctica de la Acción Afirmativa”. Informe final presentado como Relator Especial, Subcomisión Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Disponible en: www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8464.pdf?view=1

En este estudio se establecieron los siguientes apartados: reparar la discriminación social/estructural, crear diversidad o una representación proporcional de los grupos, evitar la agitación social, proponer argumentos relativos a la utilidad social, disponer de un medio para construir Nación y contribuir al logro de la igualdad de oportunidades. A continuación se menciona unas breves acotaciones de cada uno de ellos:

Reparar la discriminación social/estructural

La noción de discriminación estructural encierra todo tipo de medidas, procedimientos, acciones o disposiciones legales, que a primera vista son neutros con respecto a la raza, el género, el origen étnico y otros aspectos, pero que sin una justificación objetiva tienen consecuencias adversas desproporcionadas para los grupos desfavorecidos.

Una valoración de los alcances de la discriminación estructural remite a las interpretaciones que ubican las medidas de acción afirmativa para los afrodescendientes en el plano de las reparaciones, o “afro-reparaciones”, tal como cita Claudia Mosquera (2009)

Centrar la acción afirmativa en un marco histórico-mundial-colonial y con relación al tema de justicia reparativa permite llevarla más allá de una simple política nacional de multiculturalismo e inclusión. Es decir, permite comprender que las afro-reparaciones y la acción afirmativa son demandas y respuestas a la dominación histórica que nace con la llamada conquista de las Américas como parte de un proceso de capitalismo global en el cual el comercio esclavista transatlántico y la misma institución de la esclavitud tuvieron funciones importantes.

Crear la diversidad o la representación proporcional de los grupos

De acuerdo con el estudio de Bossuyt, los promotores de esta tesis sostienen que un entorno diverso desde el punto de vista racial y étnico es un fiel trasunto de la sociedad en general y promueve un sentido de comunidad más representativo y más rico. Les parece que la “diversidad positiva” es una mejor manera de conseguir una justicia compensatoria para las minorías raciales y étnicas y, por lo tanto, afirman que hay que separar la diversidad de la acción afirmativa, como argumento a favor de las preferencias raciales.

Teniendo en cuenta que el concepto de diversidad tiene por objeto la búsqueda de una representación proporcional de los grupos en un contexto de discriminación histórica, que en la práctica, responde a los mismos fines que persiguen las medidas de acción afirmativa.

En América Latina, son cada vez más frecuentes los nombramientos de afrodescendientes en importantes órganos de toma de decisiones de los países. Entre los más emblemáticos son los de Brasil (Ministerios de Cultura y de Igualdad Racial); Colombia (Ministerios de Cultura y Medio Ambiente).

Argumentos relativos a la utilidad social

Según indica Bossuyt sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa, se puede inferir que:

(..) aumentaría el bienestar de muchas personas de distintas maneras; podría resultar en mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales procedentes de los grupos desfavorecidos entienden y conocen mejor los problemas de estos grupos. Por otro lado, cuando ocupen puestos de poder e influencia miembros de grupos desfavorecidos, se podrá comprender y proteger mejor los intereses de todos los grupos desfavorecidos. Una representación justa y visible de esos grupos en diversas esferas como el empleo o la educación permitiría una acción social y política más eficaz en esas esferas (...) la acción afirmativa puede ofrecer modelos de conducta a las comunidades en desventaja que pueden darles incentivo y motivación considerables. Además, el incremento de la participación de miembros de grupos desfavorecidos en distintos medios sociales acabará con los estereotipos y prejuicios que siguen arraigados en muchas sociedades (Bossuyt, 1998: p 13, párrafos 31 y 32).

Sin duda, el argumento de utilidad social trasciende el alcance de los beneficiarios de las medidas de acción afirmativa. Las mejoras en la competitividad de un sector social genera efectos multiplicadores en el desarrollo de un país. De hecho, este es uno de los retos que enfrenta América Latina para mantener una senda de crecimiento sostenido.

Evitar la agitación social

Quienes defienden la utilidad social de las medidas de acción afirmativa consideran que los intereses de los considerados excluidos superarían las desigualdades internas de poder económico y político con la esperanza de prevenir la agitación social.

Un medio para construir la nación

El obstinado propósito de buscar una sociedad homogénea, en un mundo donde existen más de cinco mil grupos étnicos y se hablan más de seiscientas lenguas, ha sido causa de grandes exterminios mediante el genocidio, la asimilación forzada y la segregación, entre otros vejámenes. Hoy, por fortuna, existe una conciencia creciente acerca del valor de la diversidad, y, por tanto, de que “las diferencias no tienen que sucumbir ante el énfasis por la humanidad común” y que, en lo que hace referencia a la equitativa distribución de los bienes esenciales, pasa por la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de aquellos grupos sociales históricamente discriminados.

Contribuir al logro de la igualdad de oportunidades

Este análisis termina de integrar en este capítulo, lo expuesto con respecto a la intención de relacionar el derecho de igualdad aunque suene contradictorio, como argumento de las políticas de cuotas, cuando establece dentro de las acotaciones, que para una sociedad más igualitaria, es necesario que todas las personas gocen de igualdad de oportunidades para competir. Sin embargo, Bossuyt señala que, existen muchos ideales de igualdad a veces contradictorios y conflictivos. La propia igualdad es esencialmente una categoría no determinada que suele adquirir el significado que le dan los responsables de las políticas. Según Bossuyt, los críticos de la igualdad de oportunidades consideran que el objetivo debería ser establecer los resultados de los procesos de decisión.

Afirman que el propósito principal es la mejora de la situación relativa de los grupos desfavorecidos. Este planteamiento, por lo general, se ocupa de la posición relativa de los grupos o las clases y no de los individuos, al considerar que la igualdad no puede depender de la actuación individual. Argumento idóneo para las políticas de cuotas.

2.2.3. Evaluación global de las políticas de cuotas en Brasil

-El negro ocupa hoy el centro del debate sobre el acceso a la educación superior en el país-(grifo nuestro) fueron las palabras de Delcele Mascarenhas Queiroz, quien inquietaron mi atención, al observar el debate que ha supuesto la política de cuotas raciales en Brasil, la visibilidad que ha alcanzado el debate sobre el acceso de la población negra a la universidad pública, los resultados reveladores que indican la pertinencia de estas medidas, y la reacción de ciertos sectores frente a las política de cuotas.²⁸

Retomando los apuntamientos de educación superior inclusiva para los grupos étnicos, la relación entre el derecho de igualdad de las políticas de cuotas es importante recordar que la ley con la que cuentan los brasileiros negros no fue una iniciativa propia del Estado, más si fue una lucha acompañada de la voluntad política de gobierno con los grupos que conocían de la materia.

Según Contins (1999) el llamado “resurgimiento del movimiento negro en Brasil” que surgió a partir de la década de los 70, impone una nueva dinámica a las organizaciones que discutían la cuestión racial desarrollando un trabajo significativo proponiendo en perspectiva las desigualdades existentes entre blancos y negros.

El movimiento negro brasileiro llegó a la década de los 90 buscando reformular su práctica, y como foco central de sus reivindicaciones estaban las demandas de políticas específicas para la población negra; considerándola como una construcción social e histórica, la educación entonces fue considerada como un proceso de reivindicación cuando representantes de este movimiento entregaron al entonces presidente de la República, Fernando Henrique Cardoso, el documento que fue el inicio de las acciones concretas contra el racismo en el país (BERNARDINO, 2007). Este inicio significó reserva de vacantes disponibilizadas por las mismas universidades, basadas en su autonomía.

²⁸ El autor brasileño desarrollo durante los dos últimos decenios, una pesquisa que ayuda a comprender el contexto en el que se trava el debate acerca de la pertinencia de las políticas de acción afirmativa para el acceso a la educación superior para comunidades negras como profesor en la Universidade Federal da Bahia (UFBA).

No obstante el Grupo de Estudios Multidisciplinares de Acción Afirmativa (GEMAA, 2011), vinculado a la Universidad Estadual do Rio de Janeiro, realizó en 2011 una investigación con setenta Instituciones de educación Superior para verificar la configuración de las acciones afirmativas. Dicha constatación en algunas universidades Federales de la región Nordeste, demostró que un año antes de que las acciones afirmativas fuesen implementadas a través de la Ley en el país, apenas la Universidad Federal de Sergipe poseía el 50% de cupos reservados para los estudiantes de la escuela pública, negros, pardos e indígenas. En las dos últimas posiciones, las Universidades Federal de Ceará (con aproximadamente el 13% de los cupos reservados para el total aproximado de 23.000 estudiantes) y la Federal de Rio Grande do Norte (aproximadamente el 7% de un total de aproximadamente 22.000 estudiantes matriculados. (SANTOS e QUEIROZ, 2013, p. 39)

Sin embargo, después de intensos debates²⁹, producto de las iniciativas tomadas por el movimiento Negro en Brasil y de las políticas aplicadas recientemente por el gobierno de ideología social demócrata, apoyaron las acciones afirmativas avaladas por lo descrito en la Constitución Federal de 1988, que garantizaba la igualdad racial; el Supremo Tribunal Federal (STF), que, al juzgar una acción de inconstitucionalidad presentada por el Partido Demócrata (DEM) en contra del sistema de cuotas para negros de la UNB, pionero en la aplicación de estas políticas, decidió la constitucionalidad de este sistema de reserva de cupos, promulgar la Ley 12,711 de 2012 que atendió satisfactoriamente estas perspectivas, la cual será el tema de ponderación en los capítulos siguientes. Es interesante señalar que el Gobierno brasileño apoya la propuesta para el establecimiento de cuotas o de reserva de cupos para la entrada de la población afro como una solución para el problema de las desigualdades raciales en la educación superior.

Para tener en cuenta los avances de estas políticas en el contexto actual de la educación universitaria en Brasil, el profesor Jocélio Teles dos Santos, en su libro *"El impacto de las dimensiones en universidades brasileñas"* (2013), explana los resultados y opiniones de la comunidad científica, a partir de las investigaciones

²⁹ lo que apuntan los análisis sobre la realidad de la implementación de las políticas de acciones afirmativas para el acceso de estudiantes negros y oriundos de la red pública de la universidad es que tales medidas, en que pese a la resistencia y la incredulidad de ciertos sectores de la sociedad, y dentro de las propias universidades, han sido extremadamente importantes para la democratización del acceso, en el sentido de incorporar una gran parte de los brasileños que antes estaba prácticamente excluidos de la educación superior. (QUEIROZ, 2014, p. 194) Traducción nuestra.

realizadas en universidades federales acerca de las políticas de cuotas en educación superior.

Como reflexión de esta investigación es posible mostrar las causas relacionadas con la relevancia social y el impacto positivo que proporcionaron socialmente a las comunidades negras como un subproducto social, que termino por beneficiar a otros segmentos etnicoraciales, frente a las críticas y las opiniones negativas, de los opositores a las políticas de cuotas en la educación superior.

La adopción mayoritaria de los sistemas de cuotas por las instituciones de educación superior pública en Brasil demuestra que este tipo de experiencias ha sido un éxito, alentando las teorías de quienes defienden las políticas de cuotas como una medida no discriminatoria; si se entiende que los diversos segmentos etnicoraciales no sufrieron desventajas comparados con aquellos que se justifican con un tratamiento diferenciado. Con respecto a los grupos indígenas, se determinó, según los datos de la investigación que tiene instituciones atendiendo exclusivamente a ellos, lo que resulta significativo, considerándose la saga de este segmento etnicoracial. Una parte considerable de las instituciones hace uso de un criterio mixto, que combina las dimensiones sociales con racial, reconociendo que, además de las desventajas históricas de los negros, existen otros grupos sociales que no pueden pagar su educación superior. (SANTOS, 2013 p. 12).

Aunque sean relevantes y verdaderos todos los argumentos sobre la discriminación histórica que sufren los negros, impidiéndolos de acceder a los mejores niveles de educación, igualmente es relevante el hecho de que el Estado y la sociedad también fallaron con otros grupos que se sienten excluidos y en ese sentido se levantan otro tipo de discusiones que extendería aún más esta evaluación global, sin embargo fue posible presentar un proyecto que privilegiará a un grupo racial en un país marcado por tanta desigualdad social cuando se justificaba una acción específica para combatir la clara existencia de exclusión y que podría extenderse a otros grupos sociales en la misma condición.

Otro elemento importante para la promulgación de esta ley fue sin duda el juego político presente en el debate sobre la cuestión racial en el País del gobierno y la preparación para la participación en la Conferencia de Durban, la cual hemos resaltado anteriormente, permitiendo que el debate emergiera y que varias medidas concretas

fueran anunciadas. Estas medidas fueron la oportunidad para una abertura constitucional y precedente para otros países en Latinoamérica.

Las políticas de acción afirmativa, en su modo de reserva de cupos o de cuotas, se presentan como una alternativa de urgencia para hacer frente al problema de la exclusión de los negros en la enseñanza superior en Brasil, pero no se limitan a facilitar o democratizar el acceso, estas políticas pretenden ir acompañadas de mecanismos que permitan la permanencia de estos estudiantes en la educación superior. Teniendo en cuenta que no solo se trata de un contexto racial si no de un contexto con profundas carencias sociales, la que guía la lucha cotidiana de la población negra pobre con necesidades básicas, como alimentación, salud, vivienda y el combate de la violencia.

2.2.4. Balance general de las políticas de cuotas en Colombia

La adopción de políticas de acción afirmativa en Colombia se produce dentro de un contexto muy pasivo, hasta la fecha se refleja un debate centrado entre los movimientos de las posiciones a favor y en contra de la materia, pero muy poco puede decirse de la evaluación de impacto para la población afrocolombiana.

Para el caso colombiano, siendo este un país miembro de las Naciones Unidas, firmado y aprobado la Declaración de Durban además de los instrumentos internos en el plano legislativo, no se tienen cambios sustanciales, especialmente aquellas que hacen referencia a medidas especiales en educación. A lo largo de los gobiernos, diferentes partidos han intentado incorporar acciones de este tipo para sus planes nacionales de desarrollo sin éxito, por lo pronto se han expedido decretos reglamentarios, elaboración de varios documentos y convenios que programan proyectos específicos en el tema con las organizaciones internacionales, por lo tanto la eficacia de las políticas públicas para los afro-colombianos en términos estructurales, está en deuda con estas comunidades quienes continúan presentando los mayores niveles de exclusión socioeconómicas.

En el caso particular de Colombia, esta constatación no ha generado mayores incentivos para los formuladores de políticas, para el diseño y aplicación de medidas de acción afirmativa o de políticas especiales que pueden fomentar los grupos étnico-raciales (VIÁFARA, 2009; MOSQUERA, 2009).

El balance de las políticas públicas para los negros a la fecha se encuentra en un nivel discursivo poco eficaz, en términos de impacto registra a la fecha un saldo en rojo a pesar de los procesos y recursos institucionales que para ellas se han destinado durante las últimas dos décadas. Han transcurrido casi 20 años desde que Colombia reconoció constitucionalmente la diversidad cultural de la nación y 17 años de expedida la Ley 70 de 1993³⁰, con la que se prescribió un conjunto de derechos específicos para la población afrocolombiana.

Las comunidades afro siguen siendo utilizadas como disculpa para la transferencia de dinero a pequeños proyectos sin fines propios a la comunidad contrario a promover los cambios estructurales necesarios que transformen la situación de la población negra en Colombia, además del contexto de la discriminación racial, está directamente vinculada a la desigualdad social y educacional.

En el momento de definir verdaderas acciones respecto a la educación de esta población “detrás de su fachada de política noble y meritoria, el gasto social en Colombia encierra varios hechos engañosos” (MONTENEGRO, 2013, p. 20). El más destacado es que muchos de los gastos denominados sociales no benefician a los más pobres sino a las clases medias y medias altas (este es el caso, por ejemplo, de las pensiones que reconoce el Estado a los servidores públicos). Por otra parte, algunos de los gastos sociales no son eficaces: se dirigen a programas que consumen cantidades considerables de recursos públicos, pero cuyo impacto sobre el bienestar de la población es reducido (es el caso del sistema de educación básica del Estado, cuya calidad es deplorable).

Quizás los procesos más importantes de incidencia real de la sociedad civil colombiana en política educativa, en particular de orden gremial y de organizaciones especializadas en el tema educativo, hasta el momento, han sido aquellos constituidos sobre la base de la consolidación de concertaciones de larga data y/ o de la creación de sinergias nuevas entre sectores y actores diversos del país que llevaron a la formulación de la Ley General de Educación, o Ley 115 de 1994, posterior a la Constitución Política

³⁰ La Comisión Especial para las Comunidades Negra (gracias al Decreto 1332 de 1992) trabajó en el proyecto de ley reglamentario del artículo transitorio 55 de la Constitución política, permitiendo la creación de la Ley 70 de 1993 que “le reconoció a las comunidades afro derechos de propiedad colectiva sobre las tierras baldías de ocupación ancestral en las zonas ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico” (De Roux, 2010). Es también la ley que reconoció como principios, los derechos a la igualdad y a la participación de esta población y de sus organizaciones, en aquellas decisiones que pudieren afectarlas.

de 1991. La Ley 115 de 1994, Ley General de Educación en Colombia, y el Plan Decenal de Educación 1996-2006 son, entonces, resultado de procesos participativos inéditos en la sociedad colombiana. Expedida a comienzos de 1994.

Interesante comentario hace el autor Viafara (2009), como crítica al atraso que lleva Colombia respecto a otros países de la región latinoamericana, cabe señalar que los estudios sobre la acción afirmativa en la educación para las comunidades negras en Colombia son escasos, dentro de esa óptica Colombia siendo un país miembro de la Convención de Durban celebrada en Sudáfrica en 2001, debía, a la fecha, haber implementado una medidas o acciones para el acceso a la educación superior de población negra en estado de vulnerabilidad.

Una cosa son los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, los cuales aparecen en la constitución de 1991, es decir, diez años antes de la cumbre de Durban, y otro, es el concepto de acciones afirmativas que se avala en esta cumbre en la cual se establecieron unos propósitos muy específicos y que ya debería estar siendo una ley en cada país miembro.

Lo que es preciso subrayar en los fines perseguidos por las Acciones Afirmativas y explicitados en la Declaración, las cuales se derivan como obligaciones específicas y que requieren de los Estados, reformas institucionales en educación, «campañas en pro de la participación equitativa» (Art. 108), y el acompañamiento de la cooperación internacional y las Naciones Unidas. De acuerdo con los artículos 107 y 108 de la Declaración, los Estados deben asegurar en primer término la participación de estos agentes en las instituciones políticas, judiciales y administrativas, que en la práctica no se han llevado a cabo.

El Estado debe disponer de espacios de inclusión más propositivos, es necesario que se piense en legislar medidas para que estos grupos participen en todas las esferas sociales y públicas, provistos de herramientas y mecanismos para reclamar el derecho a la igualdad de oportunidades en educación superior como el medio más propicio para la formación de estos grupos, diferente a la participación electoral que sólo hasta hoy es contenida en leyes. Para ello es necesario centrarse en la deliberación pública y considerar el papel que cumplen las minorías en la formación de la cultura política de nuestro país.

La verdad es que las acciones afirmativas por sí mismas, no han sido capaces de acabar con un problema más estructural, que es la propia naturaleza de la discriminación racial, sus rezagos aún son evidentes en nuestra realidad social, pero también es cierto que de no existir las políticas de cuotas, hoy las comunidades negras estarían solas en su lucha, es claro que no quiebran el principio de igualdad, tampoco la prohibición de discriminación; en tanto se establece un régimen jurídico normativo que privilegia a un grupo en harás de eliminar la desigualdad de trato (de hecho) y cuando se mantiene el objetivo para el cual han sido creadas dentro de los fines precisos de la norma.

Esta política plasma una necesidad en el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, y en este punto conviene señalar que en Colombia toda la teoría recogida hasta el momento tiene pleno asidero en la Constitución; Tiene entonces sentido que al hacer un balance de las acciones afirmativas, estemos en deuda de una política de cuotas para el acceso de la población negra a la educación superior.

3. ¿POR QUÉ, EDUCACIÓN PARA NEGROS EN BRASIL Y COLOMBIA, QUIENES SON?

Las acciones públicas establecidas en los articulados de las examinadas Constituciones Políticas y reglamentadas por la ley en el caso de Brasil, se constituyen en mecanismos idóneos para nivelar y equiparar a los grupos segregados con el resto de la comunidad; la acción de garantizar el acceso a la educación para la población negra no depende de un programa político o de la voluntad de un gobierno y su espíritu altruista, sino de dar cumplimiento al mandato constitucional de promoción y fomento para estos grupos, mal haría el Estado en fundamentar su actividad en una legalidad simbólica, cuando la realidad fáctica y jurídica no se hace operativa; bien en el campo constitucional se ha dicho que el Derecho es vida humana objetivada por lo tanto habrá de darse cumplimiento efectivo a los preceptos recogidos en estas Constituciones.

3.1. Situación educativa en Latinoamérica de las comunidades negras

En América latina la universidad nace de La mano de los Jesuitas en El siglo XVII, quienes prefirieron crear instituciones de educación superior en América y no bajo la posesión portuguesa, reproduciendo el modelo Español. Una vez los jesuitas sufrieron la expulsión de América, estas instituciones pasaron a otras órdenes religiosas y posteriormente con la revolución Francesa y el imperio Napoleónico las universidades tanto en Europa como América comienzan adoptar un modelo más liberal sin erradicar el tradicional las ideas positivistas predominan impulsando a un movimiento de estudiantes y docentes quienes luchaban por la autonomía universitaria, el cogobierno, la periodicidad de la cátedra entre otros.

En esta fase la cuestión étnica se presenta en dos vertientes diferenciadas, la campesina indígena y la campesina negra. Es necesario hacer una distinción entre ambas tendencias porque los negros formaron un movimiento fundamentalmente campesino, que asumió la lucha contra el esclavismo, contra la dominación española, participó en las revoluciones y procesos de liberación de otros países en la región. Los negros se organizaron con mucha facilidad y llegaron a constituir una parte importante de ese movimiento obrero no-europeo, no-socialista, pero encuadrado en esa vertiente populista. A pesar de que los comunistas consiguieron en algunos lugares una base importante en el movimiento negro, siempre negaron la especificidad de este movimiento y estuvieron

contra la idea que asumiese una forma específica, donde se produce una ruptura con la visión de los derechos civiles, y sostiene una lucha por la igualdad.

El contenido étnico del movimiento indígena renace en los años 70, cuando los indígenas reivindican sus orígenes como una estructura ideológica para las luchas sociales contemporáneas. Esta vertiente va a tener una cierta expresión de ideología propia o reconocimiento e identidad opuesta al capitalismo y también las vertientes estalinistas del marxismo, como un camino eliminador de las formas anteriores menciona Mónica Bruckmann en un Seminario Internacional *REG GEN: Alternativas Globalização* celebrado por la UNESCO en el año 2005.

Así la lucha por una universidad pública gratuita para los sectores populares y con mayor pluralidad solo se iniciaron con las reformas durante las siguientes décadas no consiguiendo el proyecto democratizador que inspiraba poco a poco cada constitución en sus inicios, sino más bien equiparando al proyecto político con una modernización desigual y combinada de nuestras naciones, intentando una adecuación orgánica y expansiva de la educación; su necesidad de relacionarse con los requerimientos industriales y expansión del mercado.

Fue sin duda un nuevo referente de la educación superior para la época, pero que en las condiciones de nuestras circunstancias nacionales y continentales fueron delineando diferentes fenómenos a veces contradictorios, otras veces imaginativos de los nobles propósitos de la educación universitaria que terminaba restringiendo las reformas universitarias de acuerdo a los gobiernos de cada país, pues estas reformas eran incluidas como reformas estructurales del estado e impulsadas por organizaciones transnacionales y financieras con sus propios intereses.

Quienes criticaban las fuerzas del posmodernismo neoliberal, señalaban que su influencia condujo a la mecanización utilitaria de los individuos, otros a la inequidad y el abandono social. Bajo esas circunstancias el aporte de los estados latinoamericanos a la generación de conocimiento, reduciendo las reformas estructurales de la oferta pública gratuita y a la vez significando la privatización de empresas públicas (AROCENA; SUTZ, 2001). Considerando que la oferta es una inversión sometida al costo beneficio, orientada al mercado y a una segmentación social que es influenciada fuertemente por elites selectivas.

“Las sociedades latinoamericanas siempre fueron muy estratificadas, y sus instituciones de educación superior eran probablemente adecuadas, hasta inicios de este siglo, para dar a sus élites la cantidad limitada de educación formal que ellas deseaban. Las tensiones comenzaron a surgir cuando nuevos grupos sociales -hijos de inmigrantes, o de clases medias emergentes de las ciudades- comenzaron a entrar en el sistema educacional y a percibir que esas instituciones eran demasiado rígidas para expandirse y asumir nuevos roles.” (SCHWARTZMAN, 1996 p.25)

En el marco de la Comunidad Andina de Naciones de octubre de 1993, se emitió un concepto decisivo y favorable a la lucha que se venía desarrollando por traer la educación superior gratuita como un derecho fundamental para la igualdad de las comunidades afrodescendientes. La decisión “reconoce la contribución histórica de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales a la diversidad biológica y se asigna a sus conocimientos, innovaciones y prácticas un valor estratégico, el cual deberá ser considerado para efecto de repartir los beneficios que esta contribución histórica genera” (FLORES, 1999 p. 94).

Tanto en la experiencia Brasileña y en la experiencia Colombiana, se han logrado contribuciones importantes de los afrodescendientes en los currículos educativos como parte del respeto de la ciudadanía y su identidad. Los planteamientos surgidos de las corrientes y distintos sectores afro de estos países consideran que la esfera educativa es uno de los ángulos esenciales para la reafirmación cultural, implantada en los sistemas educativos oficiales, justamente la actuación de intelectuales con formación académica en el movimiento social negro de Brasil ya acontecía en la década de los 70” según Fernandes F. (1978), fue la influencia de estos personajes que posibilitaron la redefinición en las formas organizativas del movimiento negro, ampliando debates sobre las cuestiones nacionales y estableciendo conexiones con organizaciones antirracistas internacionales, el cual fortaleció y unificó el movimiento

Lo que es cierto es que estos esfuerzos se han concentrado en satisfacer los distintos procesos identitarios donde la etnicidad afrodescendiente desempeña un papel bien particular en la protección de identidad y cultura de ambos países, percibiéndose la creación de leyes para garantizar a la misma y desviando cada vez más al movimiento negro de la lucha por la progresividad de la universidad pública gratuita para sus comunidades consagrada en la Constitución Nacional de Brasil y Colombia.

A pesar del respaldo legal a la igualdad como un derecho, la no discriminación racial entre otros, predomina una tendencia a negar las desigualdades raciales o a atribuirles principalmente a razones económicas y no a modelos sociales excluyentes desde el punto de vista racial. En particular en Brasil, es frecuente el uso del mito de la “democracia racial” y para ambos países ha suscitado un movimiento que revela una preocupación más para esta lucha. Actualmente algunos académicos en una tentativa de traer a los debates la necesidad de replantear las políticas de cuotas con un discurso de racialización, amenazan los avances hasta hoy conseguidos en educación para los negros, si bien el rigor científico de la auto clasificación puede ser cuestionable, todo parece indicar que es la más apropiada, pues se deriva de un sentido de pertenencia a un colectivo específico diferente de la población en general que necesita ser recompensada por la desigualdad social en la que se ve involucrada dentro de la sociedad.

3.1.1. Las particularidades y trazos comunes de las comunidades negras brasileras y colombianas.

La invisibilidad sistemática de los afrodescendientes en América Latina ha obstaculizado la construcción de consensos sobre su definición. Las sociedades son altamente desintegradas y fragmentadas debido a la persistencia de la pobreza y la gran desigualdad en la distribución de los ingresos, lo que genera altos índices de exclusión. Como señala TEDESCO (2004), la exclusión no sólo está relacionada con ser pobre sino con la ausencia de proyecto, con no estar dentro de la sociedad, por lo que es urgente crear un ambiente social que incluya a los excluidos. La población afrodescendiente cuenta con un mayor porcentaje de personas que están bajo la línea de pobreza en comparación con el resto de tras etnias (un 53,7% frente a un 45,5%, respectivamente, en el año 2009). A este panorama se suma el hecho de que los afrodescendientes enfrentan mayores desventajas en el acceso al sistema de seguridad social. Asimismo presentan tasas más elevadas de mortalidad infantil y materna. Por su parte, su déficit de vivienda representa la mitad del déficit.

Lo curioso es que esa población de la que se habla, no es poca. Es cierto que en el Censo realizado en el año 2005 por el DANE sólo el 10% de los colombianos se reconoció como afrodescendiente, pero también es cierto que en un país donde la discriminación es indiscutible y se impone como barrera para evitar el desarrollo

personal de quienes se consideran minorías, auto-declararse como tal es una decisión que pocos prefieren tomar.

Hay una imagen estereotipada de la personalidad cultural afro que hace que, cuando algunos individuos no encajan en esas construcciones sociales que minimizan su ser como personas, se los considere alejados de lo “verdaderamente negro”, lo que lleva a que las modalidades *cambiantes* y transformadoras de la cultura se interpreten simplemente como producto de un “blanqueamiento” cultural y simbólico.

Tanto que aquellos en contra de las políticas de cuotas construyen un discurso teórico de modernidad y ciudadanía incompatible con políticas a favor de la racialización deslegitimando la realidad de estas comunidades y un derecho fundamental como es el derecho a la igualdad.

3.1.2. Dimensión de vulnerabilidad social y educativa de las comunidades negras brasileras y colombianas.

Históricamente y así como esta mencionado anteriormente, desde las primeras décadas del siglo XX las comunidades negras han sido objeto privilegiado de estudios, debates, análisis de distintos sectores de la sociedad, mas cabe cuestionar si esa reivindicación que dicen merecer los negros por cada sector que estudia a las comunidades afro, están revelando la realidad de una situación que ya toma décadas en el mismo sentido y sigue siendo igual.

De acuerdo al informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, La democracia en América Latina, “la igualdad legal de los ciudadanos y la protección contra la discriminación aún no se aplican con la debida firmeza y extensión. Las deficiencias son todavía notables y afectan a los sectores de la población más numerosos y débiles”.

La falta de efectividad y acciones reales como acceder a la formación académica y el reconocimiento como sujetos de la historia y conocimiento científico concedido constitucionalmente siguen siendo deuda en nuestra región. Dicho comportamiento pareciera estar enraizado en la percepción generalizada de que la pobreza es un resultado normal del proceso de estratificación social, en el cual las personas que alcanzan

mayores dotaciones de capital humano, son los merecedores de obtener mejores resultados que otras personas. BARBARY, O.; RAMÍREZ, H. F, URREA, F y VIÁFARA, C., (2004 p. 166).

Además del análisis sobre las consecuencias y cambios necesarios en los procesos de admisión y los desafíos de la adaptación y permanencia institucional en las universidades, la situación se reviste de un par de obstáculos más, se ha detectado los prejuicios que sitúan a los más pobres y a los representantes de comunidades negras como personas menos talentosas en el ámbito académico, situación que aumenta la vulnerabilidad social y educativa de negros en nuestra región; Sumado a esta condición existe una situación particular en Brasil y Colombia; La educación superior pública es considerada de mejor calidad, mientras que sucede lo contrario en la enseñanza básica, según los resultados de los diferentes sistemas de evaluación de larga escala vigentes en ambos países.

Esto hace que los estudiantes pertenecientes a sectores de renta más elevada y que estudiaron en escuelas privadas sean los que ocupen muchas de las vacantes en las universidades³¹, principalmente en los cursos más disputados, teniendo como resultado que el ingreso a las instituciones públicas supone la aprobación de exámenes de selección muy competitivos, en los cuales la calidad de la educación básica recibida tiene influencia en los resultados de quienes aplican a las pruebas.

3.2. La percepción general de los sistemas educativos de Brasil y Colombia

En septiembre del año 2000 se crea en San José de Costa Rica la Alianza Estratégica Afro latinoamericana, constituida por ONGs, redes, liderazgos y agrupaciones del continente para preparar una agenda de trabajo hacia la III Conferencia Universal contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, la Intolerancia y sus formas conexas. Ya en el mes de diciembre, la Alianza Estratégica Latinoamericana, promueve antes de la Conferencia de Durban una pre conferencia ciudadana realizada en Santiago de Chile del 3 al 4 de diciembre del 2000, donde se analizaron las nuevas formas de racismo y las ONGs del continente asumieron una posición: que el racismo

³¹ Al respecto ver investigación por la destacada docente brasilera Delcele Mascarenhas Queiroz **O Estágio Atual das Políticas Afirmativas nas Universidades Brasileiras** <http://www.seer.ufs.br/index.php/tomo/article/viewFile/3192/2794>

tenía nuevas formas y además se había agudizado en muchos países del continente. “Definimos la Alianza como un pacto de instituciones nacionales, transnacionales, redes nacionales y transnacionales, cuyo objetivo principal es aglutinar a los líderes afrodescendientes para que, de forma colectiva, actúen coordinadamente bajo una dirección política cuya meta ha de ser la construcción de leyes y bases legales”; En ella participaron conjuntamente Brasil y Colombia, sin embargo este proceso se sigue entendiendo como una medida mediante la cual una o varias poblaciones son imaginadas como una comunidad étnica que en los últimos dos décadas parece estar marcada por ideas únicamente de ancestralidad, territorialidad e identidad cultural, como si solo se tratara de eso, naturalizando la falta de educación y de calidad, como una des obligación de los estados típica de países subdesarrollados.

Este continuo y conflictivo proceso incluye la configuración de un campo discursivo permanente sin efectividad. El cierre del artículo³² por Álvaro Acevedo Tarazona (2005) hace una reseña muy clara a saber de los sistemas educativos en Brasil³³ y Colombia:

“No hay un sistema único de universidad en América Latina, de la misma forma que no hay una sola vía de explicación de la historia de sus reformas y conflictos. Cada país de América Latina adaptó y construyó modelos propios de universidad según su realidad política, social y económica. Las reformas y conflictos siguen una dinámica propia según estas realidades. La dirección y adecuación educativa debe ser explicada en una dinámica de relaciones de poder y de conflicto, de incorporación o de creación de teorías y modelos, de comprensión de las distintas formas de sociabilidades académicas y culturales de sus élites y grupos contestatarios. La historia de estos procesos políticos y culturales que inciden en la universidad debe ser asumida en una perspectiva comparada con el propósito de reconocer estas dinámicas, pues, sucede que la historia de las universidades, a veces, se estudia como un sistema aislado, desconectado del entorno local, nacional y global. También suele ocurrir que estas historias se

³² Una heurística para la historia de las reformas y conflictos en la universidad latinoamericana Rhec No. 8, 2005, pp. 177-188

³³ En Brasil, más del 10% de la matrícula total (aproximadamente 450 mil alumnos) tiene acceso a algún tipo de beneficio y el PROUNI mencionado antes, supone una fuerte inversión. Existe además proyectos para ampliar el número de alumnos beneficiados con el financiamiento.

construyen únicamente desde procesos descriptivos sin incorporar tendencias de análisis, teorías o modelos heurísticos que faciliten la comprensión de las particularidades en un conjunto de problemas compartidos por las diferentes historias nacionales de un área o región de América Latina.”

Al respecto, la diversidad de puntos de partida, bien sea la igualdad, la obligación constitucional de los estados, la justicia social, en todo espectro social se constituye un dato indiscutible, si el objetivo es profundizar la democratización del nivel superior, con referencia a los sistemas educativos de ambos estados, y justo más tratándose de oportunidades para la población negra.

3.2.1. Las cuotas en las universidades Colombianas para la población negra

Pues bien en Colombia el acceso gratuito de comunidades negras a universidades públicas es promovido a través del Instituto de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, como una iniciativa gubernamental a través de becas y ayudas económicas. Para ello en 1996 se crea el Programa de Créditos Educativos para Comunidades Afrocolombianas. Créditos “dirigidos a estudiantes pertenecientes a las comunidades negras que no cuenten con recursos económicos para acceder a la educación superior como primera condición, es decir registrados en el sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales SISBEN en grado 1° o 2°; y segunda condición, que se destaquen por su desempeño académico en instituciones oficiales determinado por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES), entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional, la cual está encargada de promover y evaluar la educación colombiana en todos sus niveles a través de las pruebas de Estado Saber³⁴, en el caso de la educación superior el beneficiario pagara mediante trabajo comunitario, social o académico certificado por la Comisión Pedagógica Departamental³⁵ correspondiente o una

³⁴ Estas pruebas son aplicadas a los grados 3°, 5°, 7°, 9° y 11° en el caso de la educación básica y media, y las pruebas Saber T. y T. (técnicos y tecnólogos) y Saber Pro (profesionales) en el caso de la educación superior. La prueba Saber 11, la cual se lleva a cabo desde 1965, es requisito para acceder a la educación superior, pues las universidades del país exigen los resultados de esta prueba para el ingreso de los estudiantes a diferentes programas académicos.

³⁵ La Comisión Pedagógica Nacional fue creada y ordenada por el artículo 42 de la Ley 70 de 1993, adscrita por el Ministerio del Interior Nacional, e integrada por el Ministro de Educación Nacional, el director de Asuntos para las Comunidades Negras, Un representante del Consejo Nacional de Educación Superior (C.E.S.U.) entre otros miembros; Con el ánimo de brindar asesoría y seguimiento a las políticas

organización de base inscrita ante la Comisión Consultiva, pudiendo ser el Consejo Comunitario o las Personerías Municipales.³⁶

Así podemos evidenciar que las acciones gubernamentales son únicas oportunidades existentes para las comunidades negras sumadas a algunos esfuerzos por las universidades oficiales que por su autonomía, generalmente tienen una política de cupos de dos o tres máximo por programa para estudiantes negros³⁷ y en el peor de los casos terminan siendo beneficiados estudiantes que no pertenecen al grupo destinado, como fue señalado por el profesor Garcia Andres de la universidad de Antioquia

“Aunque esta iniciativa buscaba beneficiar tanto a comunidades negras como indígenas de la universidad, su énfasis estaba en las acciones relacionadas con este último grupo, y esto no sólo porque a raíz de estas iniciativas ha habido dolientes concretas tanto de la institución como de las organizaciones indígenas sino también porque las relaciones entre el movimiento afrocolombiano y la universidad están más fragmentadas y son más tensas.”

Las entidades institucionales y académicas dan señales de un trabajo desarticulado con las organizaciones de base y sus instancias representativas³⁸ ante el gobierno Nacional, Departamental y Municipal que impiden la puesta en práctica de igualdad de oportunidades para los pueblos afrodescendientes; La formulación de políticas y prácticas de no discriminación, la inclusión social, y la necesidad de un cambio de mentalidad tanto de los poderes públicos como de las personas y entidades privadas no son efectivas, de modo que ante una oportunidad educativa, la comunidad afro sigue siendo la más vulnerable junto a otros grupos sociales.

educativas para las comunidades entre otras. Ver Decreto 2249 de 1995. http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/colombia/colombia_decreto_2249_22_12_1995_sporof.pdf

³⁶ Un Consejo Comunitario es una unidad administrativa que puede administrar una zona designada, en Colombia típicamente al nivel local. La forma más común de Consejo Comunitario es el Consejo Comunitario de Tierras de Comunidades Negras, como están reconocidos oficialmente bajo la Ley 70 de 1993 y reglamentadas por el Decreto 3770 DE 2008 y Las Personerías Municipales son un ente del Ministerio Público que ejerce, vigila y hace control sobre la gestión de las alcaldías y entes descentralizados garantizando a la ciudadanía la defensa de sus derechos e intereses.

³⁷ Los Programas de Admisión Especial – PAES y el Programa de Admisión y Movilidad Académica - PEAMA

³⁸ La organización más visible de la sociedad civil colombiana en su toma de posición respecto de las Políticas Públicas Educativas (PPE) es el gremio docente al servicio del Estado, agrupado en la FECODE, y en la ASPU, integrada por los profesores universitarios. Sus acciones priorizaron las reivindicaciones gremiales-salariales, combinadas hacia finales de los años 70 y comienzos de los 80 con acciones relativas a un naciente Movimiento Pedagógico (lanzado por FECODE en 1982) que significó un giro muy importante en los contenidos reivindicativos, sobre la base de la concepción de los educadores y educadoras como profesionales de la educación.

Cuando nos referimos a una política en educación para el cumplimiento de las obligaciones por parte del estado con un fuerte contenido prestacional para la población negra, no es visible por el contrario deficiente. En la Ley 70 de 1993 de comunidades negras de Colombia se expresa en el artículo 39 que: “El Estado velará para que en el sistema nacional educativo se conozcan y se difunda el conocimiento de las prácticas propias de las comunidades negras y sus aportes a la historia y a la cultura colombiana, a fin de que ofrezcan una información equitativa y formativa de las sociedades y culturas de estas comunidades”.

Colombia necesita un debate más amplio sobre los objetivos de las políticas de cuotas en las universidades públicas para comunidades negras evitando que sean presentadas como “privilegios” si no un derecho fundamental y en ese sentido es necesario, la sensibilización en relación a la problemática sin estigmatización.

3.2.2. Las cuotas en las universidades brasileras para la población negra

Distinto cuando se trata de describir el sistema educativo de universidades públicas en Brasil y el accesos de negros a estas; una de las destacadas políticas que continúa la ampliación del sector público focalizando diversos grupos sociales entre ellos las comunidades negras fue significativo para Brasil como es el Programa Universidad para Todos (PROUNI)³⁹, creado en 2004. Consiste en becas –otorgadas a los alumnos según criterios socioeconómicos– para carreras de grado en las instituciones privadas de educación superior con y sin fines de lucro. Además del criterio de renta, se consideran otros como la selección de los alumnos, basada en una nota mínima que tienen que obtener en una prueba nacional, el Examen Nacional de Educación Media (ENEM).⁴⁰ También que los estudiantes hayan cursado la educación media en escuelas públicas o hayan sido becarios en las privadas, que sean portadores de deficiencia o que se auto declaren negros o indígenas. También los profesores en escuelas públicas pueden recibir

³⁹ Políticas orientadas a la inclusión y la disminución de las inequidades existentes en la educación superior brasileras.

⁴⁰ La nota del ENEM es uno de los requisitos utilizado por la mayoría de universidades públicas (principalmente las federales ya que las instituciones de educación superior pública pueden ser federales (nacionales), estatales o municipales.) y algunas privadas para el ingreso a la educación superior. El examen es aplicado por el Ministerio de Educación y tiene carácter voluntario. Los interesados pagan para realizarlo, pero hay posibilidad de exención para los que no pueden hacerlo.

becas para hacer carreras de grado de formación de docentes; en este caso, sin considerar su renta.

También hubo políticas destinadas a la ampliación del sector público, como el Programa de Expansión, Reestructuración y Ampliación de las Universidades Federales (REUNI)⁴¹, con objetivos muy específicos, por un lado, ampliar el acceso y la permanencia de los estudiantes, otorgando recursos a las instituciones que presentaron un plan de reestructuración, aumentando las plazas de ingreso, especialmente en el turno nocturno así como la creación de los institutos federales de Educación, Ciencia y Tecnología y la educación a distancia. Esta política alcanzó un aumento de las matrículas en las universidades públicas crecieron un 38% desde la creación del Plan en el año 2007 hasta el 2012 (INEP, 2007, 2012b).

En otro momento de presión por los movimientos negros (intelectuales, políticos y representantes de las organizaciones étnicas) se inició un Programa más específico llamado *Diversidad en la Universidad: acceso a la universidad de grupos socialmente desfavorecidos, con énfasis en negros e indígenas*, el cual tenía como objetivo: “apoyar la promoción de la equidad y de la diversidad en la enseñanza media y en la educación superior para afrodescendientes, indígenas y otros grupos socialmente desfavorecidos”. Sus objetivos específicos se centraban en: (i) “apoyar la formulación de manera participativa, de políticas y estrategias de inclusión social y combate a la discriminación racial y étnica para la educación media y superior; (ii) fortalecer la capacidad del Ministerio de Educación para orientar la formulación de las referidas políticas y estrategias; (iii) apoyar, desarrollar y evaluar proyectos innovadores que puedan contribuir a la formulación de las referidas políticas y estrategias.” El Programa nació entonces, de un convenio entre el Banco Interamericano de Desarrollo - BID y el Ministerio de Educación.

Fue entonces cuando en el año 2012 fue aprobada la ley ya antes mencionada, (12.711, conocida como Ley de Cuotas) que implanta en las instituciones federales de educación superior una política de reserva de vacantes para los alumnos que estudiaron en escuelas públicas, combinada con otros criterios (renta familiar, auto declaración de raza o etnia: negros e indígenas), y que busca una composición más equitativa de los

⁴¹ Decreto número 6.096/2007 ver en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6096.htm

estudiantes de la educación superior. Ciertas instituciones federales y estatales, basadas en su autonomía, ya implantaban algunas políticas de reservas de vacantes desde el comienzo del siglo XXI, pero ahora debían hacerlo todas.

Ya no es una cuestión progresiva y de autonomía universitaria⁴² ya era ordenado mediante una ley, lo llamaron la democratización de la universidad y como era de esperar de todas las formas de acciones afirmativas la versión de cuotas raciales, fueron las que más suscitaron discordancias en los debates sobre su aplicación.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 40) afirma que la desinformación contribuyó para que el debate sobre las acciones afirmativas en Brasil haya comenzado de manera equivocada, pues se confundieron acciones afirmativas con sistema de cuotas. En realidad, según al autor, las cuotas constituyen apenas uno de los modos de implementación de acciones afirmativas.

El debate sobre las cuotas en las universidades brasileras se desarrolló entre el juego político presente y la cuestión racial en el País. El gobierno de Fernando Henrique Cardoso y la preparación para la participación en la Conferencia de Durban, permitieron que el debate racial emergiera y que varias medidas fueran anunciadas; Suscito también investigaciones para conocer la opinión de la comunidad en general de la polémica dentro y fuera del medio académico como informa el estudio desarrollado por los autores Feres Jr. y Campos (2013), mencionando: “Dos grandes institutos de pesquisa, el *Datafolha* y el *Ibope*, concluirían que parte significativa de la población era favorable a la adopción de políticas de acción afirmativa para negros: 51% de la población y 62% correspondientemente a los institutos, hecha en el año (2008)”.

Un aspecto que desde un principio llamo la atención en esta investigación, fue la visibilidad que alcanzo la discusión sobre el acceso de la población negra en la universidad pública, reveladora de la reacción de ciertos sectores a la política de cuotas demostrando la complejidad de la cuestión pero que no ha sido imposible, que no ha desmejorado a ningún grupo social por el contrario ha confirmado que este tipo de políticas, si cumplen con el objetivo de las acciones afirmativas.

La constitucionalidad de las políticas de cuotas ha sido el objeto más fuerte de críticas; En el Seminario de Políticas afirmativas para la inclusión racial en la enseñanza

⁴² Las universidades públicas son organismos descentralizados que pertenecen a la esfera del Estado, por lo que su financiamiento no es un subsidio sino una transferencia de fondos que provienen de la recaudación fiscal.

superior realizado en la Universidad de Brasilia (21 y 22 de agosto de 2006), se reunieron varios representantes de las universidades y organizaciones negras que estaban aplicando cuotas para evaluar su aplicación; con especial relevancia fue atendido el tema, permitiendo, el debate sobre cómo defender las cuotas de aquellos que procuran impugnarla por el principio de isonomía.

Entrar en el mérito acerca de la constitucionalidad y justicia de las políticas de cuotas invocando el principio de isonomía nada más basta procurar la forma desigual en que son tratados los alumnos de comunidades negras al encontrarse en una situación de desventaja, respondiendo en el mismo sentido a dicha impugnación la polémica jurídica se hace más aguda y no restan dudas de que esa modalidad de acción afirmativa debe ser considerada como constitucionalmente aceptada, amparada no solo por el ya citado principio de igualdad, también, por el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, insculpido en el artículo 1º, inciso III, de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

En ese contexto, oportuno traer a colación el concepto de “dignidade da pessoa humana” formulado por Alexandre de Moraes:

La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que trae consigo a pretensión al respeto por parte de las demás personas, constituyéndose un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, solamente excepcionalmente, puedan ser hechas limitaciones al el ejercicio de los derechos fundamentales, mas siempre sin menospreciar la necesaria estima que merecen todas las personas en cuanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 50). Traducción nuestra.

No se debe entender como una fijación entre la cuestión racial y las políticas para negros; Nancy Fraser, bien describe que para la debida separación de las políticas que proponen un reconocimiento cultural o racial, de las políticas de redistribución es necesario según la autora, la actuación de las dos políticas para la realización plena de la justicia (2004, 151-164).

Corrientes teóricas tienden a ver la distribución desde una visión culturalista reductora más la dinámica general de Latinoamérica, en este caso Brasil es el mejor ejemplo de contradicción a esta tendencia, no se trata de resolver solo la condición social

de los negros tan sólo por el racismo, se trata de resolver un problema estructural de la desigualdad social en estos países que condenan principalmente a los grupos más desfavorecidos.

En Brasil está claro que no es necesario la promulgación de cantidad de leyes sino más bien la aplicación real y no formal de siquiera una de ellas, Brasil teniendo la ley de cuotas efectiviza un derecho fundamental como es la igualdad. Las políticas de reconocimiento deben preocuparse con la integración entre los grupos que componen la sociedad, por esto el reconocimiento no puede ser satisfecho tan sólo por la promulgación de leyes o con implementación de políticas públicas apoyadas en un discurso “políticamente correcto”; según Cardoso esas actitudes tienden a promover un reconocimiento artificial y no dan cuenta de la necesidad de la integración de aquel que demanda ser reconocido. El reconocimiento se vincula directamente a la identidad construida en el diálogo con el otro, y sólo tiene sentido si significare una apreciación auténtica por el otro (CARDOSO DE OLIVEIRA, L. 2002, p. 09).

3.3. Una expectativa constitucional de la educación superior para las comunidades negras

“Comienza a ingresar de manera tímida _ et pour cause! _ En la Academia brasilera el debate en torno de posibles «medidas compensatorias» destinadas a promover la implementación del principio constitucional de igualdad en pro de la comunidad negra brasilera”. (GOMES, 2001, p. 1), traducción nuestra.

Fue la descripción inicial que señalo el autor en su artículo *Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*. Respecto a la recepción de las acciones afirmativas en Brasil y a mi modo de ver de las políticas cuotas, por tratarse de un tema de derecho constitucional comparado y de derecho internacional, negligenciado por los estados, más cuando se trata del derecho constitucional; Así también señalado por Gomes.

Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, las medidas de acción afirmativa pueden surgir de dos fuentes, normativa y gubernamental y aquí es importante seguir resaltando el contexto internacional, en relación al dar efectividad a la protección de los derechos fundamentales el cual ha sido el propósito final de toda acción afirmativa incluyendo el desarrollo de las políticas de cuotas.

En efecto este considero que toda acción afirmativa es una norma legal bien sea una decisión judicial o una política pública o una directriz oficial cuya puesta en práctica busca lograr la igualdad de oportunidades para afrodescendientes u otras poblaciones socialmente discriminadas en relación con las socialmente favorecidas, para neutralizar los desequilibrios derivados de la etnia, el género o la condición socioeconómica.

Entre los teóricos más destacados de derecho público de Brasil, Barbosa Gomes hace un interesante análisis en el artículo anteriormente mencionado, de las expectativas constitucionales que corre en la selección y acceso a la educación superior de calidad para la población negra en Brasil y que puede de la misma forma ser descrita para la población negra de Colombia donde para ambos países está enteramente a manos del estado.

Insiste con un cuestionamiento el autor ¿Que hace el estado en ese dominio? Señalando el mecanismo de selección como un método que propicia la exclusividad en el acceso a las universidades públicas, sobre todo a los programas de mayor prestigio y aptos para asegurar un buen futuro profesional, el vestibular en el caso de Brasil y el ICFES en el caso de Colombia son mecanismos intrínsecamente con el objetivo de excluir a los socialmente fragilizados, de suerte permitiendo que los recursos públicos destinados a la educación (canalizados tanto para las instituciones públicas cuanto para las de carácter privado) sean gastos no en pro de todos, más si para beneficio de pocos.

Frente a ese factor, la expectativa puede ser resuelta con la concretización ideal de la efectiva igualdad de acceso a los bienes fundamentales como la educación diferente de las políticas gubernamentales antidiscriminatorias basadas en leyes de contenido meramente prohibitivo que se singularizan por ofrecer a las víctimas tan solamente instrumentos jurídicos de carácter reparatorio y de intervención.

Contrario a este tipo de políticas están las acciones afirmativas con naturaleza multifacetaria en nuestro caso las políticas de cuotas, esto en relación al mismo análisis por Gomes (GOMES, 2001, p. 15); La opción procesal típico de las leyes universales no tienen en cuenta aspectos importantes que anteceden la entrada de los individuos en competencia (para nuestro caso en los mecanismos usados para el acceso a las universidades públicas de calidad).

La «igualdad de resultados» o igualdad material, tiene como nota característica exactamente lo necesario, ósea la preocupación de factores externos en la competencia de dichos mecanismos, tales como origen social, etnia y naturaleza de la educación

recibida, que tiene innegable impacto sobre su resultado. En el plano estrictamente jurídico es decir en el derecho constitucional tanto Brasileiro como el colombiano, esta política de cuotas es perfectamente compatible con los principios de las acciones afirmativas.

En el caso de Brasil, varios dispositivos de la Constitución brasilera de 1988 revelan una concepción de igualdad «material» o «de resultados». Así, por ejemplo, los artículos 3º, 7-XX.º, 37-VIII e 170 disponen:

«Art. 3º Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa do Brasil:

I – construir una sociedad libre, justa y solidaria; (...)

III – erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales e regionales».

«Art. 170 La orden económica, fundada en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios: (...)».

VII – reducción de las desigualdades regionales y sociales (...)

En el caso de Colombia el artículo 13 de la Carta Política, tal como quedo aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, consta de seis elementos en los cuales recogen: (i) el principio de igualdad formal y material, (ii) el derecho fundamental subjetivo, (iii) el derecho a la no discriminación, (iv) derecho a la diferenciación, (v) la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, (vi) los deberes positivos del Estado, (vii) el carácter integrador de las cláusulas especiales de protección; Y (viii) por último la sanción por abuso o maltrato.

Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran 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 adoptara 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 ??

El principio de igualdad entendido como la igualdad formal y material, se constituyen en pilares y fines fundamentales del Estado Social de Derecho, que se tutela en Colombia.

La igualdad ante la ley es principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales -comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales como aquellos que a título de ejemplo enuncia el artículo transcrito, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico.

El cual debe proyectarse al terreno de lo real, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana.⁴³

Esta situación hace posible inferir que las ‘comunidades negras’ en Colombia y en Brasil deben ser entendidas como un proceso de construcción política que supone una economía de visibilidades, esto es, un régimen de verdad que constituye un sujeto étnico y unas especificidades subjetivas.

En este punto nos acercamos al siguiente capítulo de esta investigación donde estudiar el histórico de las constituciones ampliamente es difícil, por esa razón se exploran con mayor detenimiento las constituciones actuales de Brasil y Colombia con una estructura compleja, que surge comúnmente de la definición de derechos fundamentales, como es el derecho a la igualdad, pero también insistiendo en el contexto internacional del derecho comparado.

Pues bien, sin intentar esquivar la cuestión relativa a la resolución de conflictos entre principios, considerada como una tarea ardua que exigiría una investigación

⁴³ Al respecto, la Corte Constitucional ya formuló en reciente fallo algunas precisiones sobre el sentido del referido precepto, entre las cuales, para los fines de este proceso, cabe citar las siguientes: “Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta. Ahora bien, motivos de interés colectivo, de justicia social o de equidad pueden hacer indispensable que, en desarrollo de postulados constitucionales, se consagren excepciones a las reglas generales, cuyo sentido no puede interpretarse como ruptura del principio de igualdad si encajan razonablemente dentro de un conjunto normativo armónico, orientado a la realización de los fines del Estado”. (Corte constitucional Sentencia C-472 de 1992)

detallada para tratar el tema, nos obligamos a distinguir antes de pasar al siguiente capítulo, de forma clara, dos situaciones en relación con los derechos fundamentales:

a- Casos en que por vía interpretativa puedan derivarse derechos fundamentales desde principios constitucionales o principios internacionales cuando estos son aplicados a situaciones concretas.

b- Casos en que es necesario dotar de contenido normativo concreto a derechos fundamentales que se expresan como tales a través de principios generales (principio de igualdad en nuestro caso) a efecto que cumplan con sus funciones propias en tanto derechos subjetivos iusfundamentales.

Ese proceso desencadenaría una serie de instrumentos normativos (nacionales e internacionales) de protección para los vulnerables con el fin de garantizar el tratamiento específico del caso en concreto, corresponder al ideal de justicia y constituir el amparo de un fundamento normativo principiologico.

Así nuestro enfoque en el derecho a la igualdad consagrado en ambas constituciones, Brasil de 1988 y Colombia de 1991 componen la dimensión de este derecho como el presupuesto existencial de las políticas de cuotas, objeto específico de nuestra investigación.

4. MARCOS NORMATIVOS DE BRASIL Y DE COLOMBIA

Para Brasil la constitución federal de 1988, representa principios rectores que sirven para garantizar los derechos humanos, además de proponer, implementar y ejecutar políticas públicas que le sean eficaces.

Para Colombia la constitución Política de 1991, representa el orden jurídico que sirve para exigir y proteger los derechos humanos, las garantías constitucionales, los deberes y libertades.

A saber: “El enfoque de los derechos humanos puede ser entendido como una nueva perspectiva para concebir y diseñar políticas públicas tendientes al desarrollo humano en el marco de un proceso de concertación entre Estado y sociedad civil”. (BENITEZ, 2007, p. 34)

Es así como entendemos que los marcos normativos de las constituciones de estos dos estados bajo un mismo derecho, de *igualdad*, diseñaran políticas para garantizar la educación al interior de sus estados democráticos. El sistema educativo brasileño está representado en leyes estatutarias específicas. En concreto, la Ley de las Directrices y Bases de la Educación Nacional aprobada en 1961 y modificada posteriormente por otras leyes, el cual sirve como instrumento que regula las metas y objetivos educativos, así como los medios y los poderes de las acciones educativas.

De acuerdo con la Constitución en lo que respecta al sistema educativo brasileño, la legislación que define las metas y objetivos de la educación se aplica a todas las instituciones educativas. Según la Ley de Bases y Directrices aún en vigor, el sistema educativo nacional, está concebido en los principios de libertad y en los ideales de la solidaridad humana.

Para el Estado colombiano la educación es concebida como un derecho y un servicio público. Por tanto, a partir de la expedición de la constitución política se ha intentado fortalecer la educación pública mediante la asignación de recursos económicos. Sin embargo, algunos académicos denuncian que el gobierno colombiano no garantiza que el sistema de educación sea de tipo inclusivo, puesto que las universidades privadas tienen mayor cobertura académica, y las públicas carecen de garantías para generar inclusión más cuando se trata del acceso a la educación superior.

La Constitución Política de Colombia de 1991, legaliza las políticas públicas en materia educativa, así:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”.

Como se puede evidenciar, tiende a ser mucho más general en sus conceptos, mientras que la Constitución Federal de 1988 del Brasil tiende a formar conceptos más particulares y concretos, por ejemplo:

“El deber del Estado con la educación se hará efectivo mediante la garantía de: I enseñanza fundamental, obligatoria y gratuita, incluso para los que no tuvieran acceso a ella en la edad apropiada ; II progresiva extensión de la obligatoriedad y gratuidad a la enseñanza media; III atención educacional especial a los portadores de deficiencias, preferentemente en el sistema ordinario de enseñanza; IV atención en guarderías y centros preescolares a los niños de cero a seis años de edad; V acceso a los niveles más elevados de enseñanza, de investigación y de creación artística según la capacidad de cada uno”.

Por ende, la educación colombiana es un derecho y un servicio público, la educación brasileña es fundamental, obligatoria y gratuita. Siendo que ninguna define en que consiste ese derecho o esa gratuidad, es claro que el marco de la constitución federal de Brasil es mucho más concreto frente a la educación.

En relación a las políticas públicas de Colombia las leyes más significativas en materia de educación aparecen años después de asamblea constituyente. A saber los lineamientos Constitucionales relacionados con el sistema educativo se reglamentaron mediante las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994. Con estas normas, el proceso de descentralización⁴⁴ se consolidó al otorgar mayor autonomía a las autoridades locales y regionales para administrar los recursos humanos y financieros del sector.

⁴⁴ La concepción de estas medidas a la fecha no ha cumplido con su función social porque impera el modelo económico de tipo privado. La percepción es que no se trata servicio público porque la educación Estatal no asigna recursos suficientes para la cobertura y la calidad. Pero si existe mayor cobertura de tipo privado.

Específicamente la Ley 115, que se conoce como la Ley General de la Educación, fortaleció el papel del colegio como una unidad semiautónoma al establecer la figura de gobierno escolar y el Plan Educativo Institucional (PEI). (IREGUI, 2006, p. 9)

4.1. Lo que se contempla en educación superior para población negra

Una vez señalado la relevancia de los marcos normativos en necesario apuntar sobre la óptica de la comunidad negra y por qué sería merecedora de unas medidas especiales, para ello nada más esclarecedor que consultar a Raquel Cesar, Coordinadora del Programa de Políticas de Color en la Educación Brasileira de la Universidad Estadual de Rio de Janeiro; Para comprender que:

La reserva de cupos en educación superior para estudiantes afro-brasileiros e alumnos oriundos de escuelas públicas se justifica, sobretudo, pela insatisfação social sobre la falta de acceso a la educación superior gratuito para estos grupos, los cuales siempre tuvieron baja representatividad en la composición de cuerpo discente de las universidades públicas del país, hasta la implementación de las acciones afirmativas. [...] De ese modo, los fines que están siendo alcanzados con la redistribución de esos recursos a jóvenes de clases económicamente desventajadas, inclusive, afro-brasileiros, atienden a esos reclamos de la sociedad. (CÉSAR, 2007, p. 25)

Además de todos los antecedentes educativos que hasta aquí se han mencionado, cabe subrayar por su importancia, que en Colombia constitucionalmente se contempla la equidad como un principio; En el caso de la educación superior tema a justificar, se trata de mejorar la equidad dentro de las instituciones; en el nuevo discurso sobre la educación superior, esto refiere a una política de Estado que asume la preocupación por “la formación común de las mismas competencias y conocimiento considerados básicos para el mejor aprovechamiento futuro de nuevas oportunidades compensatorias o remediales para quienes las necesitan; así como la promoción de innovaciones curriculares, pedagógicas y administrativas orientadas a mejorar las oportunidades de logro escolar a sectores con aprestamiento educativo deficiente” (OROZCO SILVA, 2006, p. 63).

Lo que resulta claro, es que el acceso tradicional a las instituciones ya no constituye un mecanismo satisfactorio de democratización ni inclusión y es necesario generar condiciones para la permanencia y egreso de estos sectores sociales que acceden al nivel superior sin sacrificar la calidad y excelencia que – se supone – el mismo implica.

4.1.1. Fato vs Norma: no hay ley en Colombia

De lo anteriormente expuesto es posible comprender que la realidad de la población negra en Colombia hace necesario que el Estado adopte medidas efectivas frente a las desigualdades sociales de esta comunidad, lo que implica la adopción de políticas con mandato normativo que desarrollen los principios de acciones afirmativas en aquellas situaciones que tiendan a satisfacer plenamente derechos fundamentales. Pero en nuestro caso Colombia no tiene una ley de políticas de cuotas para comunidades negras, pese a todas las situaciones aquí descritas, todos los hechos que están en contravía de lo que se contempla en la norma (garantizar el derecho de igualdad de estas comunidades) Fato vs Norma.

De este modo, satisfacer plenamente derechos fundamentales que importan una fuerte carga prestacional como es el acceso a la educación superior en Colombia, contemplada de forma progresiva, no significa que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo constitucional, y que después de 25 años de su formulación aún no se tenga leyes que materialicen este derecho, el derecho a la igualdad material para los afrocolombianos.

Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad. No existe en Colombia una política de cuotas que efectivice la progresividad de la educación superior en universidades públicas y garantizar el acceso de la población negra e las mismas, que en su momento se justificó como una obligación con imposibilidad de cumplimiento inmediato y que su progresividad buscaba asegurar el proceso de consecución del fin propuesto, es decir acceso para todos a la universidad pública.

Por ello, el rol de trascendencia que cumple una norma, una ley en el proceso de adopción de medidas afirmativas buscando mejorar específicamente y temporalmente las condiciones, la dinámica y el alcance de la participación de los grupos en desventaja y desigualdades sociales como un derecho fundamental

La adopción de este tipo de políticas consagradas en una ley, así como el caso de Brasil debe convertirse en un criterio importante de democratización y modernización. Da la impresión que Colombia adopta estas presionado por las ideas de modernización y las corrientes que en ese momento los demás países de América Latina estaban viviendo, pero a la fecha no se acoge a su efectivización como son las políticas de cuotas para el acceso a la educación superior.

En términos generales en la educación colombiana, el gerenciamiento de programas y proyectos es la razón de ser de las organizaciones de base y estamentos sociales⁴⁵, sin embargo se evidencia una fuerte tendencia a amarrar la capacidad organizacional de las mismas solo a la existencia de recursos, que, independientemente de su origen (cooperación internacional, cofinanciación nacional, etc.) no producen y no generan acciones sostenibles, provocando muchas veces dependencia, escasa corresponsabilidad y dificultad para que las comunidades se vuelvan autogestoras de su propio desarrollo.

La población afrocolombiana continúa siendo uno de los grupos más desfavorecidos del país y de América Latina. “Mientras que las medidas constitucionales y legislativas son dignas de reconocimiento. La aplicación de la legislación colombiana en las comunidades afrocolombianas sigue siendo lamentablemente inadecuada, limitada y esporádica (...) los resultados no están a la altura de las expectativas y de las necesidades de los afrocolombianos”. (MCDOUGALL, 2010 p. 163)

Desde esa perspectiva se apunta que no existe una ley que orienta la efectividad de la educación para comunidades afro, desde que en el año 1991 con la constitución

⁴⁵ Estas convergencias incluyen programas de acción internacional, circunscritos en el tiempo y puntuales en los temas, que tienen como característica específica la articulación y continuidad en torno a la defensa del derecho a la educación y de la educación pública. Su accionar está asociado al paulatino proceso de internacionalización de los Movimientos Sociales, ligado estrechamente –para el caso Colombia– al Foro Social Mundial, al Foro Mundial de Educación y a otras iniciativas mundiales y latinoamericanas, como la convocatoria a las Relatorías de la ONU sobre el Derecho a la Educación y el caso mismo del FLAPE(Foro Latinoamericano de Políticas Educativas)

política de Colombia ⁴⁶ se están generando mecanismos universales de acción positiva como la ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios, pero, al contrario de lo que se plantea este discurso de reconocimiento de sus derechos, a enmarcado un escenario de multiculturalismo, modernización y políticas de diferencia como hechos sociales y globales con el que siguen pasando decenios, sin ningún avance considerable para estas comunidades.

Es inevitable sorprenderse por la multiplicidad de normas sin que ninguna efectivice el acceso a la educación de la población negra a universidades públicas, y aquí importante señalar por que se torna necesario adoptar un dispositivo que establezca políticas de cuotas en un estado social de derecho como Colombia.

Los derechos fundamentales, en el plano jurídico y el proceso de su codificación es reflejo de un momento histórico caracterizado por la incertidumbre del derecho vigente, la existencia de una gran cantidad de normas y, más importante aún, un exceso de opiniones doctrinales que aconsejaban la codificación o a lo menos dar respuesta legislativa a las principales cuestiones debatidas en educación como un derecho fundamental

Para efectos de nuestro análisis, compararemos las constituciones actuales de Brasil y Colombia respecto a la protección de comunidades negras, además de los instrumentos internacionales firmados y ratificados por ambos países, insistiendo en el ámbito internacional los cuales reconoce que la educación forma parte del catálogo de los derechos y libertades fundamentales reconocidas universalmente.

4.1.2. Constitución actual de Brasil de 1988 y otras legislaciones recientes

Finalmente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil de las innumerables controversias existentes en cuanto a la validez del sistema de cuotas para negros, declaro constitucional la reserva de cupos para negros en la educación superior, a través de una sentencia da Argüicion de Des cumplimiento del Precepto Fundamental (ADPF) n° 186 del Distrito Federal. La ADPF es una forma de control concentrado de constitucionalidad

⁴⁶ En 1991 se expidió en Colombia una nueva constitución Política. Esta carta es diferente de la anterior, que venía desde 1886, Se consagran unos valores, principios y derechos que irradian al resto del ordenamiento jurídico, Allí se destaca la dignidad humana como fin último del poder y de la sociedad civil, Es pues considerada una Constitución humanista.

del ordenamiento jurídico brasileiro, que se encuentra expresa en el artículo 102, § 1º, de la Constitución Federal e reglamentada por la Ley 9.882/1999, su decisión posee total eficacia, además de vincular todos los órganos del Poder Público, convirtiéndola en la principal herramienta de protección para la población negra de Brasil.

Sumado a ello, es de relevancia mencionar:

- *Artículo 5 de la Constitución de 1988, incluye el principio de igualdad.*
- *Art. 68 de las disposiciones transitorias, que “las comunidades de quilombos” han de tener “la propiedad definitiva” de las tierras que ocupan, quedando obligado el Estado federal a dotarles de “los títulos respectivos”.*
- *Art 242 de reconocimiento histórico.*
- *Ley 7.668 sobre el patrimonio cultural.*
- *Ley 7.716 "Ley Anti-Racismo" sobre la penalización de la discriminación racial.*
- *Decreto nº 4.428 por el que se pone en marcha un Programa Nacional de Acciones Afirmativas. De 2002.*
- *Ley 10.639 sobre las Directrices para el Currículo Nacional para la Educación de Relaciones Étnico-Raciales y la Enseñanza de la Historia y Cultura Afrobrasileña y Africana. De 2003.*
- *Ley 10.678 SEPPIR. Decreto 4.887 por la que se crea la Secretaría Especial de Políticas de Promoción de la Igualdad Racial (SEPPIR).*
- *Decreto 4.887 que regula los Títulos de Propiedad Quilombos.*
- *Decreto 4.885 que establece Consejo Nacional sobre Igualdad Racial. De 2003.*
- *Ley 10.558 programa de Diversidad en la Universidad*

4.1.3 Constitución actual de Colombia de 1991 y otras legislaciones recientes

La principal herramienta para la atención de la población étnica en materia de la legislación colombiana, es la constitución política de 1991 y la ley 21 de 1991⁴⁷ ratificatoria del convenio 169 de la OIT, que asegura la autonomía y protección de los pueblos étnicos. Es claro que los derechos humanos no son suficientes para responder a todas las exigencias y reivindicaciones de todas las poblaciones étnicas.

- *Artículo 13 de la constitución de 1991 el principio de igualdad y de no discriminación racial,*
- *Artículo transitorio 55, establece que: “Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, (...) una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.*
- *Artículo 67 El derecho a la educación.*
- *Ley 70 de comunidades negras. De 1993.*
- *Resolución 071 sobre Representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial para las Comunidades Negras. De 1993.*
- *Decreto 2314 que crea la Comisión de Estudios para la formulación del Plan de Desarrollo de las Comunidades Negras. De 1994.*
- *Decreto 1122 de creación de la Cátedra de Estudios Afrocolombianos.*
- *Ley 725 Día Nacional de la Afrocolombianidad (21 de mayo). De 2001.*
- *Decreto 0062 sobre la Mesa Permanente de Concertación con las Organizaciones de Base y Étnico Territoriales Afro vallecaucanas.*

⁴⁷ Convenio 169 de la OIT a través de los cuales se hacen algunas recomendaciones y medidas a tomar frente al manejo de algunos estados miembros. Frente a las poblaciones indígenas y tribales de los artículos 6°, 26°, 27°, 28°, 29°, 30° y 31° sobre educación y comunicación en los cuales se establece que los programas y servicios destinados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos, a fin de responder a sus necesidades particulares, sus conocimientos y técnicas, su historia, sus sistemas de valores, y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

- *Decreto 3770 que reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones. De 2008.*
- *Decreto 4530 relativo a las funciones de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras. De 2008.*

Son numerosos los estudios que subrayan la dificultad de llevar a la práctica las regulaciones adoptadas en Colombia; El informe “Promesas incumplidas y obstáculos persistentes frente a la educación de los afrocolombianos”⁴⁸.

Subraya que la Ley 70 y sus reglamentarios en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución política se trata de una ley tan general que se aprobó una de las legislaciones más progresistas en el mundo con miras a garantizar los derechos de propiedad colectiva de su minoritaria población de Afrodescendientes entre otros derechos fundamentales; sin embargo las promesas dispuestas en la Ley 70 están lejos de ser cumplidas.

En efecto, los derechos que son clásicamente derechos de igualdad de facto, como la salud y la educación, se establecen en nuestro texto constitucional como mandatos de organización y actuación del Estado, y no como derechos exigibles directamente.

⁴⁸ Un reporte sobre el desarrollo de la Ley 70 de 1993(The Bernard and Audre Rapoport Centre for Human Rights and Justice, 1997) y presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2007.

4.2. La recepción constitucional colombiana de lo dictado en derechos fundamentales

Conforme lo delineado en esta investigación, como último objeto de nuestro trabajo, cabe analizar detenidamente el posicionamiento del poder judicial colombiano en cuanto al asunto y más importante registrar que al no existir un juzgamiento directo sobre el tema de políticas de cuotas racial, si es posible considerar el desarrollado jurisprudencial frente a los derechos fundamentales y la recepción de lo contemplado internacionalmente.

4.2.1 Posicionamiento jurisprudencial de cupos universitarios especiales

Suele ocurrir que las cláusulas constitucionales que reconocen el derecho fundamental a la igualdad se pueden interpretar de manera indeterminada, prestando un fuerte debate en su interpretación por lo que suelen estar vinculadas al principio de igualdad en un sentido formal. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido de ese derecho, con el propósito que también reconozca un ámbito de justicia material, asumiendo otra razón de peso para revestir de carácter legal a las cuotas de acceso a la educación superior para minorías étnicas como mecanismo de resarcimiento por siglos de injusticia social y encontrarla específicamente en la jurisprudencia de las altas Cortes en nuestro país.

En la Sentencia T-1340 de 2001, la Corte Constitucional manifestó que las acciones afirmativas contribuían a remediar ¿el abandono, la humillación y la discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos.

Dicha corporación señala un gran avance para el desenvolvimiento de las políticas afirmativas en lo que respeta al propósito de las llamadas cuotas raciales; Sumado a ellas, en las sentencias T-411 de 1997, T-002 de 1994, C-022 de 1996, T-180 de 1996 y la C-210 de 1997, la corte recoge los criterios adoptados internacionalmente relativos al tema.

En el caso recogido en la T-441 de 1997, se trata de establecer si la instauración de cupos o mecanismos especiales para el ingreso a la universidad, en favor de

determinados grupos sociales, constituye una violación a los derechos de igualdad y a la educación de los todos los colombianos.

Con estos precedentes la Corte desarrolla el siguiente esquema deductivo, el cual merece de la transcripción de los apartados más relevantes para nuestro estudio:

“El asunto que se debate en el presente proceso refiérase a los mecanismos de ingreso a la universidad. Como es conocido, el grado de educación académica de las personas tiene importantes consecuencias tanto en el desarrollo global de una sociedad como en el futuro laboral de las personas. La posibilidad de realizar estudios universitarios les significa a los individuos el acceso a uno de los mecanismos de movilidad social más efectivos. No cabe duda de que el hecho de contar con estudios superiores puede marcar definitivamente el rumbo de la vida de muchas personas. De allí la impresionante competencia por los escasos cupos disponibles en las universidades oficiales del país.”

“... Ciertamente, la Constitución consagra la autonomía universitaria³⁹⁴. Sin embargo, el hecho de que las instituciones de educación superior gocen de autonomía no significa que ellas tengan una absoluta libertad para dictar las normas que han de regir su funcionamiento. Todas las entidades públicas, sea cual fuere su status, están vinculadas por los mandatos constitucionales (Constitución política artículo. 4). Incluso las que surgen del voto ciudadano, las cuales, de acuerdo con la teoría política, representan la voluntad popular. Por lo tanto, el ejercicio de la autonomía de la universidades no puede contravenir en ningún caso los principios y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.”

“Sin embargo, la “desigualdad de origen” sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial, en punto a la admisión en la universidad, a aquellos aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica, a consecuencia del estado de atraso socioeconómico de sus sitios de proveniencia. La consideración especial con estos aspirantes sería una forma de materializar el precepto constitucional que establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (Constitución política artículo 13).

Lo cierto es que la Corte Constitucional, estas medidas de cuotas o cupos especiales las ha tenido como exequibles en la medida que sólo pueden ser aplicadas a los supuestos de la discriminación injusta, como contrapeso a la carga sufrida por ciertos grupos de la comunidad; las justifica por su finalidad para remediar los desfavorables

efectos de las discriminaciones de hondo arraigo social, como es la racial. Teniendo como resultado la postura indiferente por parte de las universidades frente al tema y actualmente dejando sin muchas oportunidades de educación a la población negra, encontrando un vacío en las herramientas legislativas para efectivizar el derecho de la igualdad y lo que hace apremiante insistir en la producción de una legislación específica del tema.

De ahí importante, una vez hecha estas consideraciones, concentrarnos en la aplicación de estos preceptos propuestos en el constitucionalismo contemporáneo, sus efectos, presupuestos y parámetros que se esperan al momento de ser implementadas.

4.2.2. Los efectos que se esperan a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en Colombia para la garantía de derechos fundamentales

Del contenido normativo de estos instrumentos se espera la legitimidad y constitucionalidad de estas políticas a implementar, tal como sucedió en Brasil donde el Supremo Tribunal Federal tuvo un papel especial tratándose de resolver las cuestiones constitucionales prioritariamente las que tengan por objeto el análisis de compatibilidad de normas, actos y cuestiones en general con la Constitución, consecuentemente esta corporación se manifestó favorablemente a las cuotas étnico raciales⁴⁹, después de un debate intenso en la interpretación de la materia a juzgar, tratándose de asegurar las condiciones igualitarias; Como lecciona el jurista brasileiro Luis Barroso, los principios constitucionales fundamentales “son aquellos que contienen las decisiones políticas estructurales del Estado, en el sentido que ellas constituyen la síntesis o matriz de todas las restantes normas constitucionales, las cuales pueden ser directas o indirectamente reconducidas (BARROSO 2004 p. 155)

Ahora bien, partiendo del presupuesto de un menor grado de abstracción de aquellas garantías consagradas constitucionalmente, este estudio comparado nos permite instrumentalizar lo que correspondería a Colombia para adoptar criterios que también asegurarían las condiciones de igualdad y equidad para las poblaciones desfavorecidas, mediante instituciones o figuras conformadas y desarrolladas ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; Como es el bloque de constitucionalidad,

⁴⁹ Consultar ADPF 186 como también RE 597.285 del Tribunal Supremo Federal.

según lo ha entendido la doctrina, el también jurista colombiano Rodrigo Uprimny refiérase esta figura a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. Para posibilitar esta interpretación ha sido necesario el desarrollo de una visión acerca de la Constitución como un texto abierto, en el cual es posible sistematizar normas constitucionales más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales (UPRIMNY 2001 p. 100).

De esta forma, en su primera aproximación explícita al tema, la Corte define que los requisitos que deben concurrir para que una norma internacional pueda integrarse al "Bloque de Constitucionalidad" son: (a) que esta norma reconozca un derecho humano y (b) que dicho derecho sea de aquellos que no pueden ser objeto de suspensión en casos de emergencia. Con esta postura, la Corte Constitucional adopta implícitamente la idea de que los derechos que integrarían el "Bloque de Constitucionalidad" son aquellos pertenecientes a un cierto núcleo inderogable de derechos consagrados internacionalmente y no a toda la normativa que obliga internacionalmente al Estado colombiano.

De acuerdo con la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del artículo 93 inciso segundo, las normas internacionales tienen por finalidad completar y dinamizar aquellos derechos que se encuentran consagrados en la Constitución, es decir, complementan "el contenido protegido por el derecho que ya está consagrado en la Carta". En este sentido podría entenderse que al ser normas que sirven para la interpretación de derechos constitucionales, las normas internacionales tendrían ese mismo rango y por tanto, integrarían el "Bloque de Constitucionalidad"⁵⁰

En consecuencia la postura doctrinaria colombiana considera que la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser concebida como parte del "Bloque de Constitucionalidad". El razonamiento de la Corte Constitucional se ha basado en la idea de que las instancias de control internacional establecen ciertas "pautas normativas" lo que constituye "un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de normas constitucionales sobre derechos fundamentales". En particular, se refiere a la Corte Interamericana como "intérprete autorizado" de la Convención⁵¹.

⁵⁰ Uprimny, 2001 p. 117

⁵¹ Sentencia C-010/2000, considerando 13.

En efecto, más allá de la discusión sobre la jerarquía de la normativa internacional lo que se infiere es como la figura del “Bloque de Constitucionalidad” permite garantizar que en el ámbito interno se introduzca como parámetro de constitucionalidad una política afirmativa bajo un principio fundamental considerando los estándares internacionales que bien consagran e instan a los estados para adoptar acciones afirmativas, es decir una incorporación sustantiva de la normativa internacional para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales favoreciendo a lo consagrado respecto a la educación.

Otra figura es el estado de cosas inconstitucional desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana. El cual brinda una garantía efectiva de las funciones propias de los derechos fundamentales permitiendo el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno del Estado.

Pudiéndose inferir que de las funciones de los derechos fundamentales como mecanismos de garantía no se pueden quedar desligadas de su efectiva realización, no tiene sentido asignar una serie de funciones a estos derechos en un sistema normativo si no se establecen mecanismos que hagan efectiva su vigencia. Por tanto, los mecanismos de garantía son parte esencial de la concepción de derechos fundamentales propia del constitucionalismo contemporáneo.

En ese sentido el alcance de esta protección en el ámbito interno sería de vital importancia para nuestro análisis cuando La Corte ha declarado⁵² –a la fecha- en distintas ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional. Según nos señala la propia Corte, se entiende por un "estado de cosas inconstitucional" aquellas situaciones en la que se produce una violación reiterada y masiva de derechos fundamentales, obedeciendo dicha violación a causas de tipo estructural, en la que se ven comprometidas varias autoridades del aparato estatal.

Vinculada a esa concepción sería conveniente preguntarnos si en ese ámbito cabera la tutela del derecho de igualdad para la población negra en el acceso a la educación superior, pues retomemos esta figura un poco más; Lo primero que hace la Corte es fijar la magnitud del problema, lo que se ve reflejado en la cantidad de casos sometidos a su conocimiento mediante las acciones de tutela. Ello obliga a la Corte a

⁵² Sentencia T-025/2004, considerando 7

determinar cuáles son los derechos vulnerados y cuál ha sido la acción de las autoridades ante esta situación⁵³

Al efecto señala en la Sentencia T-025-2004, numeral 7 valiéndose la pena la transcripción de los siguientes apartados

- (i) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;*
- (ii) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;*
- (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;*
- (iv) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos;*
- (v) *la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;*⁵⁴
- (vi) *si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.*

⁵³ “Por la magnitud del problema que se ha acreditado en los múltiples expedientes acumulados en el presente proceso, y por el número de personas que han acudido a la acción de tutela para reclamar la protección del Estado frente a su situación, es indispensable que la Corte se detenga a estudiar en detalle cuáles son los derechos fundamentales de los que son titulares las personas en situación de desplazamiento, así como el ámbito de las obligaciones de las autoridades a este respecto. Es necesario precisar el alcance de las garantías en comento, para así resolver el interrogante sobre la gravedad de su violación en los casos que se revisan”, Sentencia T-025/2004, numeral 5.1.

⁵⁴ La sentencia T-1695/2000, la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios. La Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacía que el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU-250/1998(...) lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. (...) Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250/98 (...) y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales.

De acuerdo con los elementos que la Corte tiene en consideración al momento de exponer la figura, el estado de cosas inconstitucional, encontramos que corresponde a un cierto diseño que ha sido desarrollado de una manera amplia para dar respuesta, desde la Constitución, a una cierta situación generalizada de violación de derechos fundamentales (realidad), buscando superar las condiciones que permiten dicha violación y adoptando medidas para solucionar los casos concretos (respuesta efectiva).

A ese respecto, retomando la discusión que nos proponemos, a título de ejemplificar sería posible entonces considerar que la expedición de medidas legislativas para el caso de garantizar el acceso de la educación superior como un derecho fundamental, sería necesaria para evitar la vulneración de los derechos de igualdad de las comunidades negras en Colombia. El acercamiento de la Corte Constitucional de Colombia es coincidente con los criterios formales desarrollados por Brasil en el orden en que ambos estados, a través de todos sus órganos, buscan adoptar medidas efectivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

Además, los desarrollos jurisprudenciales apuntan en la dirección correcta al disponer de medidas especiales coincidente con la Corte Interamericana sobre la necesidad de adoptar medidas positivas eficaces para garantizar los derechos de quienes están en una situación de vulnerabilidad⁵⁵. En este sentido es interesante la preocupación de la Corte Constitucional colombiana por la efectividad de las medidas y que no basta con demostrar una preocupación general por las condiciones de vida de la población negra en estado de vulnerabilidad sino que es necesario adoptar medidas que puedan ser controladas y que permitan efectivamente resolver estas situaciones de extrema vulneración de derechos.

Ahora bien, la legitimidad sigue siendo el cuestionamiento vital, lo que implica tomar una posición en el debate sobre el sistema democrático que adopta cada estado partiendo de la visión y posición de derechos fundamentales, aun cuando se encuentre en etapa de aciertos y desaciertos en el caso de Brasil nuestro sistema de educación a comparar, esta política no podría ser reconocida como inconstitucional o ilegal por el poder judicial, así como afirmó Dworkin (2005, p. 444) preceptuando “Así, reconocidas las incertezas en los resultados a largo plazo de tales programas no se podría justificar una decisión del supremo tribunal tornándola como ilegal”

⁵⁵ Ver el razonamiento de la Corte Interamericana en esta materia *supra* Capítulo IV sección II.

Dentro de los tópicos antes referidos, la jurisprudencia constitucional latinoamericana, supone una idea de democracia como un procedimiento de toma de decisiones en constante búsqueda de la materialización de lo consagrado constitucionalmente y ningún orden estaría ajeno a este fin.

En esa línea de raciocinio Dworkin (1996 p. 7-31) afirma que la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica es el más claro ejemplo de lo que no se debe entender como concepto integral del derecho a la igualdad describiéndola como una constitución de contenido fuertemente proteccionista a los individuos o cláusulas Bill of Rights más las enmiendas post-guerra civil, muchas de estas con un contenido abstracto. El mandato general de la Constitución es que el gobierno debe tratar a los sujetos como iguales en moral y en status político. En una lectura moral, las cláusulas constitucionales que expresan principios morales son derechos y la autoridad para determinar su contenido concreto puede radicarse en el juez o en el parlamento.

Dentro de este diseño institucional, no se excluye la necesidad de tomar medidas afectando las mayorías, en la medida de que se garantice el trato con igual consideración del ciudadano. La cual podría compararse con los diseños latinoamericanos. Dando lugar a unos cuestionamientos claves para despejar la legitimidad de estas acciones dentro del cuadro democrático de Colombia y Brasil, Dworkin se pregunta ¿qué valor se estaría afectando cuando una decisión judicial contraría a una decisión para las mayorías? Las alternativas serían que se afecta la igualdad; la libertad de la comunidad; las libertades positivas y negativas; o bien, el riesgo de sentir que la decisión no es la propia.

Pues bien a juicio de Dworkin, no se afecta la libertad, porque el acuerdo constitucional en una perspectiva relacional debe incluir la opción de omitir el acuerdo; tampoco se afecta la igualdad, ya que esta solo estaría en referencia a la igualdad política, que no es el concepto integral de igualdad, por tanto sería lógico asegurar decisiones que no propiamente sea el bienestar de las mayorías; Punto al cual estamos tratando de llevar al plano más real y concreto para efectos de nuestro trabajo.

4.3. Proyectos de ley, presentados en Colombia

En lo relacionado con el núcleo esencial del derecho a la educación los proyectos de ley que fueron presentados en Colombia se analizaron en un rango cronológico determinado y partiendo de lo contemplado según la Constitución Política por la estructura del poder ejecutivo, a señalar:

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION - Núcleo esencial / DERECHO A LA EDUCACION SUPERIOR como Garantía progresiva. El derecho a la educación (art. 67 C.P.),⁵⁶ de conformidad con la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, ostenta las siguientes características: (i) es de naturaleza fundamental; (ii) de aplicación inmediata; (iii) es inherente al ser humano; (iv) su ejercicio conlleva la elección de un proyecto de vida y, por lo tanto, la materialización de otros principios propios del ser humano; y (iv) tiene como fin permitir al individuo acceder a un proceso de formación personal, social y cultural de forma permanente. El derecho a la educación superior, por su parte, también ostenta la condición de fundamental. Sin embargo, no es de aplicación inmediata; en otras palabras, su garantía es progresiva... El carácter progresivo de la garantía del derecho a la educación superior implica, por lo menos, lo siguiente: (i) que el Estado debe adoptar medidas, en un plazo razonable, para lograr la protección del derecho al mayor número de personas; (ii) que no se pueden imponer barreras injustificadas respecto de determinados grupos vulnerables; y (iii) que el Estado no puede adoptar medidas regresivas respecto de la garantía de ese derecho.

Fuente formal: -Declaración universal de los derechos humanos

- Artículo 25 / protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales

- Artículo 13 / protocolo de san salvador.

NOMBRE DEL PROYECTO: Proyecto de Ley 236 de 2004 “Por medio de la cual se establecen cupos especiales en las universidades e instituciones públicas de educación superior, para estudiantes de los grupos étnicos, desplazados por la violencia e hijos de miembros de la Fuerza Pública caídos en Combate. [Educación para grupos étnicos desplazados por la violencia]”

⁵⁶ Ver la nota de relatoría en la sentencia t-068 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [http://190.24.134.67/documentos/boletines/162/AC/76001-23-33-000-2014-00981-01\(AC\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/162/AC/76001-23-33-000-2014-00981-01(AC).pdf)

FECHA RADICADO EN: 03.30.2004

DEBATIDO: Primer y único debate en 06.15. 2004

ARCHIVADO EN: 06.18.2004

NOMBRE DEL PROYECTO: Proyecto de Ley 125 de 2012 “Por el cual se le reconoce Igualdad de oportunidades para comunidades afrocolombianas”

RADICADO EN: 09.27.2012

DEBATIDO: Primer y único debate en 12.04.2012

ARCHIVADO EN: 04.09.2013

NOMBRE DEL PROYECTO: Proyecto de Ley 95 de 2014 “Por el cual se reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica de las comunidades negras o población afrocolombiana, se adoptan políticas para la equidad e inclusión social de este grupo étnico, la igualdad de oportunidad y se dictan otras disposiciones. [Igualdad de oportunidades para población afrocolombiana]”

RADICADO EN: 09.24.2014

DEBATIDO EN: Primer y único debate en 06.02.2015

ARCHIVADO EN: 06.19.2015 por tránsito de legislatura.

NOMBRE DEL PROYECTO: Proyecto de Ley 115 de 2014 “Por medio del cual se establecen cuotas mínimas para el acceso a la educación superior a miembros de grupos étnicos en Instituciones de Educación Superior estatales u oficiales y se dictan otras disposiciones. [Cuotas mínimas en educación superior para minorías étnicas]”

RADICADO EN: 09.16.2015

DEBATIDO: No fue debatido

ARCHIVADO EN: Retirado por el autor.

Estos proyectos de especial importancia para nuestro objeto de estudio describen la necesidad de legislaciones que dispongan el alcance de políticas que aprueben las proposiciones de las acciones afirmativas para población vulnerable como es la población negra en Colombia, sin embargo a la fecha ninguno ha traído la seguridad jurídica que se propone en este tipo de políticas, teniendo en cuenta el avance en materia de reconocimiento de la desigualdad entre los colombianos sin pertenencia étnica y

aquellos que se reconocen como indígenas o afrocolombianos, la cual es bastante importante. En la actualidad, distintas universidades del país tienen la existencia de medidas afirmativas desde la década de los ochenta y noventa que no cumplen efectivamente con la inclusión de miembros de comunidades indígenas y afrocolombianas a las instituciones de educación superior. No obstante, es menester que las acciones afirmativas en materia de educación superior trasciendan de ser estrategias particulares de algunos pocos administradores educativos para convertirse en políticas públicas con carácter y protección legal para los miembros de las comunidades que se reconocen como afrocolombianos e indígenas en Instituciones de Educación Superior oficiales.

4.4. Injerencias finales de las semejanzas y diferencias Brasil - Colombia en las políticas de cuotas

Teniendo en cuenta lo lejos que se puede estar de agotar el tema aquí propuesto por su complejidad, por la perspectiva de conectar las líneas esenciales de esta investigación, dos estados, dos constituciones, un derecho para comunidades negras; Se puede constatar que la aproximación de las constituciones de Brasil y Colombia señalan proteger el principio de la igualdad bajo una visión de un constitucionalismo moderno y el estudio de los principios fundamentales, sus conflictos y colisiones, aun así como bien nos enseñan estas teorías es inevitable sopesar lo que se considera como ideal y lo que exige lo real, queriendo decir que establecer unas preferencias al orden legislativo por los derechos fundamentales de la población negra que se encuentra en estado de vulneración, hoy hacen la diferencia entre Colombia y Brasil, una ley que respalda a quienes se declaran como población vulnerable y desean que se les garantice el derecho a la educación para superar las barreras de la realidad social.

4.4.1 La fragilidad de un derecho

Fácilmente la adopción de este tipo de políticas podría ser sometida a la voluntad política de los gobiernos en acción, teniendo en cuenta estas especificidades podría percibirse la fragilidad del derecho expuesto, más en consenso con los raciocinios anteriores adoptar estas medidas incrementaría la legitimidad de la acción pública, de ahí importante concentrarnos finalmente en las colocaciones de la socióloga Peschard quien

ha abordado el concepto y el fenómeno de la cultura política en la democracia, así como la descripción en conjunto del contexto social y el político de una cultura propiamente democrática en la que podrían desenvolverse a la par.

El tema es de fundamental importancia y también de mucha complejidad que lo torna conveniente, resumirlo en una idea básica: si las políticas públicas se diseñan e implementan de manera que satisfagan los niveles prestacionales de los derechos fundamentales, y en particular de los más vulnerables, la ciudadanía dispondrá de mayores posibilidades para la realización de sus derechos y una menor disposición a adelantar acciones contra el estado para buscar la protección de los mismos.

Hoy, la producción de políticas públicas no depende exclusivamente de las voluntades y de la acción de los Estados y las sociedades en los ámbitos nacionales, sino que también responden (en grado creciente) a las lógicas de un mundo globalizado y, por lo tanto, a requerimientos, acuerdos y compromisos adquiridos con –o provenientes de– organismos supranacionales.

Estas políticas no pueden seguir siendo diseñadas al margen de las obligaciones constitucionales e internacionales del estado, la voluntad política de gobernantes no puede estar explícita a esa firmeza caracterizada por el imaginario colectivo, en sus palabras Peschard señala que la imbricación que existe entre cultura y estructura política y la interrelación que guarda la esfera política con otros planos como el económico y el de la organización social propiamente dicha, hacen complicada la tarea de intentar plantear propuestas para impulsar orientaciones y actitudes democráticas en una población, pero no imposible. (PESCHARD 2012 p. 48)

4.4.2. La resistencia de la población negra al agravio de sus derechos

Retomando un poco más la discusión de los tópicos ya referidos y que se convierten en las objeciones decurrentes a este tipo de políticas, estas premisas y cuestionamientos siempre apuntan a un imaginario donde la aplicación de esta acción está sometida a la voluntad de lo político o si efectivamente se trata de un riesgo al tomar la decisión que no es la propia al disminuir los beneficios de las mayorías, o si la mejor

opción son las políticas universalistas con restricción financiera con el argumento que no existen los recursos suficientes para garantizar el derecho a la educación; Es importante notar que lo problemático, a la luz del derecho a la educación, es la tendencia no solo de la política social latinoamericana de los años ochenta y noventa a degradar el contenido de esos deberes estatales y convertirlos en programas meramente “asistencialistas”.

Pero la resistencia de los pueblos negros es plantear objeciones válidas, en términos de igualdad, de equidad porque en una sociedad democrática la falta de posibilidad o recursos para las personas que pertenecen a grupos históricamente desprotegidos representa una afrenta a su igual participación y decisión política propia de las sociedades democráticas, entre otras situaciones producto de esta vulnerabilidad ya mencionadas, mas cabe anotar en ese contexto que esa autonomía a la que busca protegerse constitucionalmente carecería de sentido.

“En efecto si alguien se ve impedido por fuerzas externas, es instrumento de la voluntad de otros o es un objeto impulsado por causas que le afectan desde fuera, movido por la naturaleza o por otros como si fuera una cosa, etc., entonces no cabe considerarle un agente que participa en nuestras prácticas sociales normativas ni puede ser descrito con el lenguaje en que estas se expresan”⁵⁷

Cuando las personas no cuentan con esa posibilidad, porque, entre otros motivos, no cuentan con las mismas oportunidades que el resto de personas, la autonomía se ve severamente restringida y en ese sentido la población negra sigue siendo sujeto de agravios. Pero su lucha no se desconsidera ni desiste, a esta falta de efectividad bien podría ampararse con la adopción de políticas cuotas aplicadas por medio de la vía constitucional legislativa (PESCHARD, 2002 p. 79).

⁵⁷ LAPORTA, Francisco. El Imperio de la Ley: una visión actual, 2007. España: Editorial Trotta, p. 20.

CONSIDERACIONES FINALES

El presente trabajo se propuso enfrentar un interrogante común para la población negra colombiana comparada con la brasilera, al momento de encontrar que esta última ya se encuentra amparada por una ley, para constitucionalmente y legítimamente acceder al derecho a la educación superior en universidades públicas; Lo que hace cuestionar cuales serían esas referencias de principios consagrados constitucionalmente en el ordenamiento brasilero para el amparo de la población negra en el acceso a la educación superior. Mediante lo expuesto en este trabajo es posible llegar entonces a las siguientes consideraciones finales.

En un primer momento es importante decir que ese interrogante me corresponde cuestionar particularmente porque soy parte de esa composición étnica que se caracteriza por contar con una elevada heterogeneidad en el continente latinoamericano sin embargo los diversos estudios muestran que sigue siendo una población vulnerable, pues entonces convencida que esta investigación contribuya en términos prácticos, es importante salientar que:

1. Las acciones afirmativas son entendidas en nuestro contexto como la reparación diferencial de otras modalidades de violación de derechos. Pensamos aquí en el campo educativo, y especialmente en las acciones que se podrían emprender en las universidades públicas como una forma de inclusión e igualdad de oportunidades para la población negra.
2. Que para el debate de la legitimidad de las políticas de cuotas se ha tenido como referencia el proceso y avance de estas políticas en Brasil, teniendo en cuenta que ese avance, aunque sigue siendo sujeto de estudios, en nuestra investigación propicia un derecho comparado, una relación importante para la exploración de sus ordenamientos y el alcance comprensivo de las garantías constitucionales contenidas en los articulados, objetos de nuestra pesquisa.
3. A partir del principio de la igualdad consagrado en la constitución de Colombia de 1991 y la constitución de Brasil de 1988, es posible contar con soporte jurídico, es decir la ley en vigencia 12.711 de 2012 de Brasil efectivizando el principio de igualdad material, propone las posibilidades de adopción de una similar ley en Colombia, siendo su objeto también la protección y promoción de políticas de igualdad sustancial o material.

4. El legislador brasileiro con la ley 12.711 de 2012 adoptó una interpretación, respecto a los criterios del derecho fundamental a la igualdad, en una democracia sustancial la cual reconoce una realidad histórica y social, en virtud a los criterios expuestos en el artículo 5° de la actual constitución política de Brasil.
5. También es posible inferir que este principio de igualdad en sentido material permite concretar no solamente un derecho fundamental como la educación para las comunidades negras, sino que además permite garantizar la autonomía de las personas que se encuentran en estado vulnerable, lo cual tiene un impacto inmediato en cualquier sociedad democrática.
6. Entonces se puede comprender que las acciones afirmativas entendidas como políticas de cuotas están en sintonía con el principio de igualdad, y debidamente protegidas por la Constitución Federal brasileira de 1988, y la constitución colombiana de 1991, que visan a la efectivización de la igualdad de las personas como un precepto fundamental de ambos Estados Democráticos de Derecho.
7. Que la educación superior o espacios de formación científica y social en Colombia no pueden seguir siendo considerados como un privilegio, este es un derecho, por tanto, los miembros de las comunidades que se reconocen como afrocolombianos y en estado de vulnerabilidad podrán tutelar el derecho a acceder a Instituciones de Educación Superior oficiales sustentado por el estado y por iniciativa de lo consagrado en la constitución de 1991, en el cual se establece que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.
8. En ese sentido es necesario establecer que la adopción de estas medidas sea implementada legislativamente en concordancia a la desigualdad existente y a la instrumentalización que le fuese necesario a la población negra.
9. La adopción de estas políticas, si bien responden a factores propios de cada país y de su estructura social, es posible decir que se trata de un modelo de acceso a la educación superior por excelencia en ambos países al contemplar las desigualdades institucionales, regionales y socio-culturales de la población potencial.

10. Finalmente es posible aplicar en Colombia, a la luz de nuestro texto constitucional vigente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y de medidas como la ley 12.711 de 2012 del ordenamiento brasilero y su concretización con políticas destinadas a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de protección a la población negra dentro del ámbito interno compatible con una sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. **teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: centro de estudios políticos y constitucionales, 1993.

BERNARDINO, J. **O debate sobre Ações Afirmativas para ne-gros na sociedade brasileira: argumentos a favor**. Goiânia: Associação Pérola Negra, 2006. 68-95 p.

BERNOIT, R. **Prohibido decir toda la Verdad**. Cali: Lulu.com, 2009.

BLANCO, R. **la inclusion en la educacion, una cuestion de justicia e igualdad**. Chile: [s.n.], 2007.

BOBBIO, N. **Teoría General de la Política**. Madrid: Trotta., 2009.

BOSSUYT, M. **El concepto y la practica de la accion afirmaiva**. Naciones Unidas, Subcomision de Promocion y proteccion de los derechos Humanos. [S.l.], p. seccion 53. 1998.

BRUCKMANN, M.; DOS SANTOS, T. **Los movimientos sociales en America Latina: un balance historico**. Bruckmann, Mónica; Dos Santos, Theotonio. Los movimientos sociales en Seminario Internacional REG GEN: Alternativas Globalizaçao. Rio de janeiro.

CÉSAR, R. Políticas de inclusão no ensino superior brasileiro: um acerto de contas e legitimidade. In: BRANDÃO, A. **Cotas raciais no Brasil. Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

DE BARBIERI, M. T. G. **Acciones Afirmativas: Antecedentes definición y significados. Aportes para la participación de las mujeres en los espacios de poder**. UNAM. Mexico, p. 22;34. 2002.

DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, v. cap 9, 1984.

DWORKIN, R. **El imperio de la justicia**. barcelona: gedisa, 1988.

DWORKIN, R. **vitudo soberana: la teoria y la practica de la igualdad**. Barcelona: Paidos, 2003.

DWORKIN, R. **Una cuestión de Principios**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

FERES JÚNIOR, J. **Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa**. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.

FERES JÚNIOR, J.; ZONINSEIN, J. **Ação Afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. UnB, 2006.

FILGUEIRA, F. "El nuevo modelo de prestaciones sociales en América Latina: eficiencia, residualismo y ciudadanía estratificada." *Centroamérica en reestructuración: ciudadanía y política social*. **política social FLACSO**, San José de Costa Rica, 1997.

GARCIA, J. educacion afro y conciencia. **educacion y cultiura**, bogota, n. 103, p. 67.72, 2014.

GEMAA. **Ações afirmativas**. UFRJ: 2011. Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativas. [S.l.]: UFRJ: 2011. 2011.

GOMES, J. B. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. **Informação Legislativa do Senado Federal**, Rio de Janeiro, p. 29, 2001.

GOMES, J. B. **Princípios constitucionais da igualdade: o direito como instrumento de transformação social, a experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, A. S. **Desigualdade que anula a desigualdade, notas sobre a ação afirmativa no Brasil**. En **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: [s.n.], 1997.

GUIMARÃES, A. S. Como trabalhar com "raça" em sociologia.. **Educação e Pesquisa.**, sao paulo, v. 29, n. 1, p. 93-108, 2003.

GUIMARÃES, A. S. O acesso de negros às universidades públicas. **Departamento de Sociologia da USP. Caderno de Pesquisa.**, Sao paulo, n. 118, 2003.

LASSWELL. la orientacion hacia las politicas publicas. In: _____ **el estudio de las politicas publicas**. Mexico: [s.n.], 2000.

LEWANDOWSKI, R. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental 186**. Supremo Tribunal Federal. Brasília. 2012.

MACIEL, C. A. B. **"Políticas públicas e controle social: encontros e desencontros da experiência brasileira"**. Brasil: Universidade Federal do Pará., 2014.

MANTILLA, J. el mecanismo de las cuotas: ¿cuestión de números o de igualdad? **themis, revista de derecho**, Peru, 2013.

MARTINEZ, O. & C. S. **Planos y políticas de igualdad de oportunidades: Aspectos introductorios, el derecho de todas las mujeres, obligación del Estado**. Howard: CDE y la fundación Friedrich Ebert, 1996.

MONTENEGRO, A. **Misión de Equidad y Movilidad Social**. CEDE. Bogotá, p. 32. 2013. (ISSN1657_7191).

MOSQUERA, C. P. R. **Acciones afirmativas y ciudadanía diferenciadas étnicos –negros, Afrocolombiana, Palenque y Raizal**. Bogotá. 2009.

PAPACCHINI, A. **Filosofía y Derechos Humanos**. 3. ed. santiago de cali, Colombia: universidad del valle, 1997.

PESCHARD, J. **El sistema de cuotas en america latina, panorama general**. estocolmo: IDEA, 2002.

PESCHARD, J. **La cultura política democrática**. Mexico: DECEEC, 2012.

QUEIROZ, D. O ESTÁGIO ATUAL DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS, Rio de Janeiro, 2014.

SANDEL, M. **Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?** Barcelona: Editorial Debolsillo, 2012.

SANTOS, J. T. D.; QUEIROZ, D. M. **O impacto das cotas nas universidades brasileiras (2004-2012)**. Salvador: CEAO, 2013.

SARTORI, G. **la democracia en 30 lecciones**. mexico D.F.: Taurus, 2009.

TAYLOR, C. **El multiculturalismo y la política de la diferencia**. México: [s.n.], 1993.

VIAFARA, C. A. L. Discriminación racial y pobreza en Colombia. **Thirteen Session on the Intergovernmental Working Group on the Effective Implementation of the Durban Declaration and the Programme of Action (IGWC)**, 2015.

WADE, P. **Etnicidad multiculturalismo y políticas sociales en Latinoamerica**. 4. ed. Bogotá: Tabula Rosa, 2006.

WALMOTT BORGES, A. *Preâmbulo da Constituição e a Ordem Econômica.*, Curitiba: Juruá, 2003.

WILLIANSON, G. *accion afirmativa en educacion superior. **dilemas y decisiones en tiempos culturales de globalizacion***, p. 77-101, 2007.

YOUNG CH, C. M. ***A justiça em Aristóteles***. Porto Alegre: Artmed., 2009.

YOUNG, I. M. ***Intersecting Voices. Dilemmas of Gender, Politics, Philosophy and Policy***. [S.l.]: Princenton University Press., 1999.

YOUNG, I. M. ***la justicia y la política de la diferencia***. Madrid: catedra universidad Valencia, 2000.