

**JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN
EL CASO COLOMBIANO Y ESTADOUNIDENSE**

Presentado Por:

NICOLÁS NAVAS MUÑOZ

**Presentado para optar al título de
ABOGADO**

Director:

JUAN FELIPE GARCÍA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ, D.C.

2015

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción
2. Casos de acciones afirmativas en la educación superior en la jurisdicción colombiana y estadounidense
 - 2.1. Las acciones afirmativas en educación superior en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia
 - 2.1.1. Nubia Yesenia Revelo contra Universidad de Nariño.
 - 2.1.2. Caso Gustavo Adolfo Banguero contra Universidad del Valle
 - 2.1.3. Caso de varios contra Universidad Industrial de Santander, Ministerio de Educación e ICETEX
 - 2.2. Las acciones afirmativas en educación superior en la jurisdicción estadounidense
 - 2.2.1. El caso Bakke. University of California Regents vs. Bakke
 - 2.2.2. El caso Schuette vs. Coalition to Defend Affirmative Action
 - 2.3. Recapitulación: semejanzas y diferencias en en la jurisdicción colombiana y la jurisdicción estadounidense
3. Los principales debates sobre la justicia en torno a la cuestión de las medidas afirmativas en la educación superior
 - 3.1. Argumentos en contra
 - 3.1.1. Nozick, el detractor liberal
 - 3.1.2. Boxill autocriticándose y autorespondiéndose
 - 3.2. Argumentos a favor

- 3.2.1. La discriminación inversa por Michael Sandel: análisis de Rawls, el mérito y el merecimiento moral
 - 3.2.1.1. La arbitrariedad moral
 - 3.2.1.2. Moral desert o merecimiento moral.
 - 3.2.1.3. Las acciones afirmativas en Sandel/Rawls
 - 3.2.1.4. Preferencias raciales
- 3.2.2. Dworkin; el defensor de las acciones afirmativas
 - 3.2.2.1. Caso Bakke según Dworkin
 - 3.2.2.2. El caso De Funis y la discriminación inversa como tal
- 3.2.3. Boxill y el Talented Tenth
 - 3.2.3.1. El prejuicio
 - 3.2.3.2. El Talented Tenth
- 3.3. Recapitulación: el mérito no puede ser el único factor que garantice la justicia en el acceso a la educación superior
- 4. Sondeo
 - 4.1. Sondeo sobre la situación de medidas afirmativas en la educación superior en Colombia
 - 4.2. El programa “ser pilo paga”
 - 4.3. Consulta en 6 universidades de Colombia
 - 4.3.1. Universidad de los Andes
 - 4.3.2. Universidad Externado de Colombia
 - 4.3.3. Pontificia Universidad Javeriana
 - 4.3.4. Colegio de Nuestra Señora del Rosario
 - 4.3.5. Universidad Nacional

4.3.6. Universidad del Cauca

5. Conclusiones
6. Anexos
7. Bibliografía

Justificación de la discriminación inversa en la educación superior en el caso colombiano y estadounidense

Resumen

Las acciones afirmativas son una política estatal que propende por la nivelación de las condiciones de personas en situación de desigualdad. La discriminación inversa es un tipo de acción afirmativa en la que se trata diferencial y preferentemente a una persona por una condición normalmente sospechosa. El escrito propende por el uso de este tipo de medidas en la educación superior para lograr la igualdad material. Se usaron casos de Estados Unidos y de Colombia y se comparó el enfoque y uso que cada uno de los países le dio a la medida.

Palabras claves

Discriminación inversa educación superior

1. Introducción

La idea central del trabajo es justificar las acciones afirmativas y particularmente la discriminación inversa en la educación superior en Colombia, basándose en la experiencia y teoría de Estados Unidos.

Para esto presentaré casos de Estados Unidos y Colombia, abordaré los argumentos que se han dado a favor y en contra de la figura y la tendencia contemporánea de la misma. El mérito y la arbitrariedad de factores como la raza a la hora de determinar preferencias en el acceso a la educación superior son los argumentos más sólidos en contra de la discriminación inversa por lo que una parte importante del trabajo se va a dedicar a analizar y rebatir esos con base en la bibliografía de Rawls, Dworkin y Sandel.

Las acciones afirmativas son una política estatal que propende por la nivelación de las condiciones de personas que se encuentran en desigualdad. Ésa es una definición que planteo después de la lectura que he hecho sobre el tema. Tienen su sustento constitucional en el segundo inciso del artículo 13 constitucional.

(Corte Constitucional, 2000, 29 de marzo, STC C-371/00)

La acciones de discriminación inversa que son prerrogativas a favor de ciertos grupos históricamente discriminados, por lo que hay criterios de diferenciación sospechosos como cuotas, ingreso preferencial a centros educativos y acceso preferencial a ciertos empleos (García, 1991).

Como se dijo, la discriminación inversa es una especie de las acciones afirmativas. Éstas se caracterizan por: (i) tener vocación transitoria, inspirándose en que no debe perpetuar desigualdad (Corte Constitucional, 2000, 29 de marzo, STC C-371/00; Corte Constitucional, (2006), 16 de agosto, STC C-667/06; Corte Constitucional, (2000), 9 de febrero), STC C-112/00); (ii) debe ser una medida para corregir tratos discriminatorios, por lo que debe tener un trato desigual pero justificado (Corte Constitucional, 1997, 27 de noviembre, STC C-622/97; Corte Constitucional, (2002), 2 de agosto, STC T-610/02; Corte Constitucional (1994), 15 de septiembre, STC C-410/94); (iii) medidas de grupo expresamente autorizadas por una ley o acto administrativo (o jurisprudencia constitucional) (Corte Constitucional (2003), 23 de julio, STC T-602/03;

Corte Constitucional (2003), 4 de marzo, STC C-184/03.); (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios (Corte Constitucional (2005), 13 de octubre, STC T-1031 de 2005) y; (v) son para un grupo determinado por lo que no se pueden aplicar genéricamente ni son abiertos o discrecionales para el operador genérico. (Corte Constitucional (2005), 13 de abril, STC SU-388 de 2005).

2. Casos de acciones afirmativas en la educación superior en la jurisdicción colombiana y estadounidense

2.1. Las acciones afirmativas en educación superior en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

2.1.1. Nubia Yesenia Revelo contra Universidad de Nariño

Nubia Yesenia Revelo era una persona que hacía parte del Cabildo del Resguardo Indígena del Gran Cumbal según una certificación del gobernador del momento en 1999. Otra certificación del siguiente gobernador en febrero de 2000 hace lo propio.

Por ser indígena, obtiene un cupo especial en el programa de comercio internacional y mercadeo de la facultad de economía de la Universidad de Nariño.

Luego, en el 2000 el gobernador que le dio la certificación en 1999 y quien ya no era gobernador del resguardo, fue ante una dirección de la universidad (junto con la Asociación de Estudiantes Indígenas de la Universidad de Nariño) dijo que la certificación no era cierta y que Nubia Yesenia Revelo no estaba en el censo de esa comunidad indígena. En febrero de 2000 otras comunicaciones de la Asociación de Estudiantes Indígenas de la Universidad de Nariño y de la propia comunidad indígena dijeron que Nubia Yesenia Revelo no era indígena por no estar en el censo, ni hacer parte de los trabajos comunitarios. A raíz de esto, la universidad le revocó el cupo especial.

En su momento, Revelo se opuso a la revocatoria del cupo. Alegó que había una violación a su derecho a la educación.

Interpuso acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Nariño. La Universidad alegó que no había habido violación al debido proceso ni al derecho a la educación porque el cupo que le había sido otorgado a Revelo se había basado en un documento “irregular”.

El Tribunal Administrativo de Nariño le dio la razón a la Universidad de Nariño y dijo que no había encontrado vulnerados los derechos al debido proceso y la libertad de enseñanza (sic) de Revelo. La Corte Constitucional al mirar la sentencia objeto de revisión dijo que el tribunal “estimó que al no guardar los acuerdos objeto de controversia, relación alguna con las funciones esenciales de la Universidad, es decir, la docencia, la investigación y las actividades de extensión, según sentencia C-220 de 1997 de la H. Corte Constitucional, constituyen entonces actos administrativos, que como tales, pueden ser controvertidos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa ejercitando las acciones de Nulidad o Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a elección de la interesada.” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

La Corte Constitucional se planteó como problema jurídico que “la Sala deberá entonces establecer, si es constitucionalmente válido la asignación de un “cupos especiales” a favor de miembros de la comunidad indígena.” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001) y si “De ser procedente dicha asignación, la Sala deberá analizar, si a la demandante se le han vulnerado o no sus derechos fundamentales, en especial el de la igualdad, la educación y el debido proceso, con la decisión de la entidad accionada de anular la matrícula de la actora invocando para ello, lo dispuesto en el literal e) del artículo 10 del Estatuto Estudiantil de Pregrado de la Universidad de Nariño” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001).

La Corte dijo (respondiendo a la viabilidad de la existencia de tener cupos especiales) “Consecuente con lo anterior, ha de señalarse, que no obstante que el parámetro primordial que debe regir el proceso general de asignación de cupos es el mérito académico, éste no es el único, pues es perfectamente aceptable que las universidades “utilicen otros criterios”, cuando con tal decisión se persigue contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad en orden a propender por una igualdad real a favor de la población menos favorecida.” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

En este sentido la Corte hace las siguientes consideraciones: i) es una acción afirmativa; ii) existe inequidad en la educación; iii) el mérito no es el único factor a tener en cuenta, iv) las universidades pueden tener una misión propia.

Además, dijo que “Evidentemente, el criterio esencial de asignación de los cupos sí debe ser el mérito académico. Es decir, este es el parámetro que debe regir el proceso general de distribución de estos bienes escasos. Sin embargo, es aceptable que las universidades utilicen otros criterios que flanqueen el parámetro básico de adjudicación de los cupos, cuando, por ejemplo, se persigue contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad, o se procura dar cumplimiento a los fines de la institución universitaria. (...) 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 (...) Los centros de educación superior cumplen distintas funciones en la sociedad. Una de ellas, actualmente la de mayor importancia, es la de formar los profesionales que habrán de atender las necesidades de la comunidad, con sus conocimientos especiales. Mas las tareas de la universidad no se reducen únicamente a la formación de profesionales. La Academia se orienta también al cumplimiento de otros fines, tales como el fomento de la cultura, la ciencia y la investigación; (...)” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

De esta sentencia se sacan las siguientes consideraciones: i) existe inequidad en la educación. En cuanto a la “desigualdad de origen” de la que habla, no se sabe si es por el origen socio-económico o el origen étnico o racial; ii) la universidad forma profesionales para atender a la comunidad y iii) la universidad puede tener una misión diferente a la de formar profesionales.

Después, en lo referente a la constitucionalidad de la asignación de cupos especiales dijo “La Constitución de 1991, estableció una protección especial del Estado a favor de la comunidad indígena,

mediante ésta, se concede a sus miembros todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo cualquier forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, se le otorgan ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo, esto con el fin, de lograr una igualdad material en favor de este grupo social minoritario y de proteger la igualdad ante la diversidad étnica y cultural de la Nación” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

Después dijo “Como sustento o justificación de tal protección, está el abandono, la humillación y la discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, lo que hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial, el cual, en la práctica se traduce en diferentes prerrogativas, tales como las facultades que tiene hoy en día, de juzgarse por sus propias autoridades, o de existir la previsión constitucional de entidades territoriales indígenas.” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

Más adelante dijo “La nueva concepción en las relaciones Estado-indígenas encaminadas a favorecer y fomentar la etnoeducación, la provisión de servicios especiales de salud, la adopción del paradigma del etnodesarrollo y el apoyo generalizado al movimiento indígena han venido siendo aceptadas inclusive antes de la entrada en vigencia de la nueva Carta política, pero con la expedición de la misma, tal reconocimiento se ha afianzado y elevado al rango Constitucional.” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

Finalmente concluyó que “En ese orden de ideas estima la Sala, que el principio de la diversidad étnica y cultural, sustenta la constitucionalidad del cupo a su favor, pues la cultura de las comunidades indígenas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres e igualmente considera que el tratamiento especial otorgado a los indígenas en la Universidad de Nariño es justificado, por cuanto recoge el singular tratamiento consagrado por parte del Estado a favor de la diversidad étnica cultural, el cual lejos de ser violatorio del artículo 13 de la Constitución Política, se ajusta a la

misma, porque teleológicamente su búsqueda es la igualdad real -en favor de regiones marginadas y discriminadas de la patria- y en pro del enriquecimiento cultural de la Nación Colombiana.” (Corte Constitucional (2001), 11 de diciembre, STC T 1340-2001)

La Corte le ordenó a la universidad el reintegro de la estudiante a la carrera. Lo anterior basado en un criterio administrativo de revocatoria de acto de contenido particular más que constitucional.

Se concluye de lo anterior que: i) los indígenas tienen titularidad colectiva de derechos; ii) la discriminación histórica justifica las acciones afirmativas; iii) debe existir educación superior pero diferenciada; iv) el etnodesarrollo es importante (esto puede ser visto como un argumento del *Talented Tenth* que será expuesto más abajo); v) el principio de la diversidad étnica y cultural sustenta el cupo a su favor.

2.1.2. Caso Gustavo Adolfo Banguero contra Universidad del Valle

Gustavo Adolfo Banguero hacía parte de la comunidad indígena de Tacueyó en el municipio de Toribío, Cauca. Esta comunidad estaba inscrita ante la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia (de la época) y él se encontraba en el censo de esa comunidad.

Con esa certificación quiso aspirar a un cupo especial (destinado a afrodescendientes e indígenas) para ingeniería electrónica en la Universidad del Valle.

Expresó que pese a adjuntar todos los documentos que lo acreditaban como indígena, no fue aceptado. Además dijo que una compañera suya que también era indígena y había obtenido un puntaje inferior al de él había sido aceptada y él no.

A su turno, la Universidad expuso que había negado el cupo porque: i) no había comprobado plenamente su condición de indígena, ii) la universidad había visto irregularidades en el otorgamiento de la condición de minoría por parte de las autoridades autónomas por lo que podía indagar más sobre la condición de la persona y iii) el mecanismo general de ingreso a la universidad es el de concurso libre.

La Universidad del Valle también dijo que tenía establecido un 4% de cupos preferenciales para los estudiantes de grupos minoritarios.

El señor Banguero demandó ante un juez penal de Santander de Quilichao y éste dijo que en virtud de la autonomía universitaria, las universidades podían reglamentar internamente las condiciones de admisión para los cupos generales y los cupos especiales (comunidades indígenas y negras) y que en la Universidad del Valle la manera para probar esa condición era a través de copia del acta de la asamblea de la comunidad. Al no llenar esos requisitos, el señor Banguero no podía acceder a la Universidad. Por esto no revocó la decisión de la universidad.

La posición de la Corte Constitucional se resume en lo siguiente “Concluye entonces la Sala, que: i) el actor acreditó plenamente su condición indígena a través de certificaciones suscritas por la máxima autoridad de la comunidad; ii) la inscripción en el censo no puede ser oponible por que, para el caso concreto, contraría la autonomía de los pueblos indígenas; iii) teniendo en cuenta que la institución accionada no opuso más objeciones a la admisión del actor que la falta de inscripción en el censo del Ministerio, el actor cumplió con los requisitos para ser admitido; iv) la entidad accionada, al negarle el cupo especial, vulneró su derecho fundamental a la educación, así como la autonomía de los pueblos indígenas y el respeto por la diversidad étnica y cultural del Cabildo Indígena de Tacueyó. En ese orden, debe revocarse la sentencia revisada, para en su lugar conceder el amparo de los derechos fundamentales del tutelante individualmente considerado así como en conexidad con el derecho colectivo fundamental a la autonomía de la comunidad indígena de Tacueyó.” (Corte Constitucional (2008), 10 de julio, STC T-703/08)

Finalmente la Corte Constitucional se inclinó por un argumento que favorece la autonomía de los pueblos indígenas y la facultad libre que tienen para acreditar a personas de la misma comunidad. Se limitó a copiar los extractos de la primera sentencia citada arriba y no abordó el tema de manera directa, ni siquiera el de la constitucionalidad de las cuotas.

2.1.3. Caso de varios contra Universidad Industrial de Santander, Ministerio de Educación e ICETEX

Varias personas fueron habilitados por las Autoridades Tradicionales Públicas Especiales del Pueblo que habita en el Resguardo Indígena Inga de Aponte, Parcialidad Zipasgo Inga-Chibcha-Guaeté de Bucaramanga para ingresar estudios de pregrado en el primer semestre de 2009. Iban a entrar a la Universidad Industrial de Santander (UIS) a través de los cupos especiales que tenía esa Universidad para las comunidades indígenas. Las autoridades indígenas enviaron una petición en octubre de 2008 pidiendo el ingreso especial a la educación gratuita de los indígenas en esa universidad.

En noviembre de 2008 la UIS le contesta a las autoridades indígenas lo siguiente en palabras de la Corte Constitucional, “En la respuesta manifestaron que, a su juicio, los entes universitarios no tenían la obligación jurídica de programar acciones afirmativas a favor de las minorías étnicas en el acceso a la educación superior, al menos por las siguientes razones: (a) porque ni la Ley 115 de 1994, ni la Ley 21 de 1991 contemplan una obligación, para las universidades, de implementar acciones afirmativas que garanticen el acceso a la educación superior de los miembros de pueblos indígenas y tribales, (...), (b) Porque según su interpretación, la Corte Constitucional en la sentencia T-002 de 1994 prohibió cualquier clase de discriminación por motivos raciales, sexuales y religiosos –entre otros- en los criterios de acceso a la educación superior. (c) Porque la Universidad Industrial de Santander, si bien en algún momento tuvo una reglamentación sobre cupos especiales para miembros indígenas, fue posteriormente derogada en dos mil uno (2001). Por tanto, les respondió a los peticionarios, de forma concreta (i) que la Universidad no está dispuesta a contemplar un sistema de acceso especial para estudiantes indígenas, (ii) que el acceso a la Universidad de los miembros indígenas, candidatizados por las Autoridades Tradicionales Públicas Especiales sólo era posible si se sometían a las reglas generales de admisión, y (iii) que si los candidatos superaban esas exigencias, no iban a ser discriminados en la Universidad.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

Así, la Universidad dijo que no estaban obligados a hacer acciones afirmativas, existía una prohibición a la discriminación y ya no existía este tipo de programas en la UIS. Por esto les pidió a las autoridades que las personas avaladas fueran admitidas por medio de las reglas generales de admisión.

En vista de esto, La Jurisdicción Especial de Fuero Indígena Autoridad Tradicional Pública Especial Zipasgo Inga – Chibcha – Guanentá, La Autoridad del Resguardo Indígena Inga de Aonte emitió una sentencia en la que se pedía el restablecimiento inmediato de tres (3) cupos por carrera y tres (3) de especialización por parte de la UIS. Así mismo, consideró que había sido violado su derecho a la consulta previa por no consultarlos sobre la creación de la acción afirmativa (en 2001) y por no consultarlos sobre su eliminación. Finalmente, dijo que debería haber un concurso de méritos entre los indígenas sobre los que se den los cupos. Es decir, que no se consideraran bajo los criterios generales de admisión.

La UIS contestó que “en ejercicio de su autonomía universitaria y conforme los procedimientos establecidos, modificó el esquema de ingreso a la Universidad, derogando el sistema especial de cupos para las poblaciones indígenas, por considerar que dicha forma de ingreso, contradecía diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes, que afirmaban la “(...) ilegalidad de estos sistemas especiales de admisión, por flagrante violación del derecho a la igualdad y por considerar dicha admisión bajo parámetros diferentes a los del mérito académico.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

A su turno, el Ministerio de Educación dijo, en palabras de la Corte, que “El Ministerio de Educación Nacional. El Ministerio de Educación Nacional, a través de su Oficina Asesora Jurídica, manifestó que la Constitución Política garantiza la Autonomía Universitaria como un postulado orientado a fin de garantizar la capacidad de autogobierno de las instituciones públicas y privadas, encargadas de prestar el servicio público de educación superior. Afirmó que al Ministerio le compete actuar como ente rector de la política educativa del país fijando sus criterios, orientaciones y directrices, a fin de garantizar la calidad de la educación.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

En las sentencias de instancia, la sala civil del Tribunal Superior de Bucaramanga dijo que si bien estas medidas eran reconocidas y respetadas por la Corte Constitucional, esto estaba bajo la órbita de la autonomía universitaria. La sala civil de la Corte Suprema de Justicia dijo que esta determinación debía ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa por lo que la tutela no era procedente.

La Corte Constitucional estableció que “La Constitución no prohíbe todo sistema de cupos especiales para personas pertenecientes a una etnia diversa. Su constitucionalidad depende de si la configuración es proporcional o no” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

Más adelante dijo “Por lo demás, en un ámbito de formación con tan amplia vocación como el universitario, la admisión efectiva de personas que pertenecen a culturas diversas, y tienen por tanto sus propios usos sociales, su lenguaje, su particular forma de concebir la relación de los seres humanos entre sí, y la relación entre estos y la naturaleza o el universo, indiscutiblemente contribuye en la maduración y liberación de las facultades críticas del ser humano. En un contexto plural la comunidad puede comparar, mejor que en otro en el que se pretenda eliminar la diferencia, entre aproximaciones distintas a los problemas teóricos o prácticos que se plantean permanentemente, y desechar o acoger, en un diálogo extendido, las mejores de ellas. Dado que el sistema de cupos especiales, cuando reserva estos últimos a personas de minorías étnicas o culturales, garantiza la admisión de personas culturalmente diversas, está al menos en principio descartado que la Constitución lo prohíba incondicionalmente.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

Además reconoció que “Por tanto, hay dos finalidades constitucionales vinculantes en tensión. (...) Y la experiencia la ha conducido a interpretar que la Carta no prohíbe de forma terminante cualquier clase de discriminación basada en la etnia o la raza de una persona, pero sí una prohibición prima facie (o derrotable) de introducir tratamientos discriminatorios con fundamento en un motivo de esa naturaleza. Se trataría de un tratamiento basado en un criterio sospechoso de inconstitucionalidad, que demandaría del juez constitucional un especial y riguroso escrutinio. (...)” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

Luego lo analizó a la luz de la proporcionalidad y dijo “Por tanto, una entidad de educación superior puede –bajo determinadas condiciones- establecer tratos diferenciados con fundamento en la raza de los sujetos, al momento de reglamentar los sistemas de acceso a los cupos ofertados. También puede, incluso, establecer cupos especiales para quienes pertenezcan a determinadas minorías étnicas, siempre y cuando respete ciertas limitaciones derivadas de los derechos de los demás y el orden constitucional. ¿Cómo se determinan esas condiciones y esos límites? Con un juicio de constitucionalidad, que evalúa que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso; que el medio escogido sea no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, que la medida sea proporcional en sentido estricto y que, por tanto, los beneficios de adoptarla excedan claramente las restricciones impuestas por ella a otros principios y valores constitucionales. (...) A juicio de la Sala (...) esta pregunta está relacionada con otra, y es si –como se sugiere en la acción de tutela- la Constitución no sólo permite que las universidades consagren sistemas de ingreso con cupos especiales para minorías étnicas, sino si además les ordena que lo hagan.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

En sus consideraciones estableció que “16. Como se ve, entonces, el sistema de cupos especiales, construido en atención a la raza a la cual pertenecen los aspirantes, comporta una significativa intervención en los derechos de quienes no hacen parte de ella. Una restricción –podría decirse- tan gravosa, que en democracias como la de los Estados Unidos, a propósito de un caso en el cual se examinaba la constitucionalidad de una medida que establecía cupos universitarios especiales a favor de los miembros de la raza negra, la Corte Suprema consideró, en un momento posterior a la puesta en marcha del proceso institucional para terminar la segregación racial, que era contraria a la Constitución. Porque como confería un tratamiento diferenciado a los aspirantes, edificado sobre la raza de los mismos, debía ser sometido a un estricto escrutinio constitucional, y verificarse si la medida era necesaria. Dado que, en ese caso, no pudo

demostrarse que lo fuera decidió juzgarla inválida. Y, en efecto, estimó que no era necesaria, porque era posible diseñar otros sistemas para garantizar los cometidos que inspiraban los cupos especiales, menos lesivos para los derechos de los que no pertenecían al grupo racial favorecido con las cuotas. La Corte Suprema señaló, como ejemplo, un programa de otra universidad, en el cual se tenía en cuenta la raza de los participantes como uno de los factores a valorar, entre otros, y al cual se le asignaba un determinado puntaje que se sumaba con los demás. Esa configuración, según la Corte Suprema, aunque promueve los objetivos de los cupos especiales, lo hace sin excluir a los individuos de la competición por determinados cupos, sólo por el hecho de no pertenecer a la raza de los afro-americanos.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

Siguió “Así las cosas, el desmantelamiento de una medida de esa naturaleza, si no es reemplazada por otra que cumpla una función equivalente, implica una intervención en el derecho a la igualdad de los miembros de las comunidades indígenas, pues los mantiene en la secular situación de marginamiento social.” (Corte Constitucional, (2010), 16 de febrero, STC T 110/10)

Haciendo un juicio de proporcionalidad dijo “25. A juicio de la Corte, esta finalidad es perfectamente aceptable desde una perspectiva constitucional. Se trata de garantizar el acceso igualitario a las instituciones de educación superior por la vía de darle predominancia, por no decir absoluta prelación, al mérito académico de los aspirantes. La Corte Constitucional ha dicho, en muy diversas ocasiones, y como se señaló en precedencia, que la selección de los aspirantes en función del mérito académico es una garantía del acceso igualitario a la educación superior y que, por tanto, debe ser el rector de cualquier sistema de ingreso. Así lo dijo, entre otros, en la sentencia T-642 de 2004: (...) 26. Sin embargo, el medio escogido por la Universidad no es adecuado para garantizar ese propósito. Porque cuando se trata de poner a los miembros de minorías étnicas a competir en estricta igualdad de condiciones formales con los demás, se acaba es por poner a los primeros en una situación de desigualdad, al no tomar en cuenta un hecho sumamente relevante como es la desigualdad en el

punto de partida –la realidad-. Desigualdad en el punto de partida que se aprecia, en primer término, en que pertenecen a un grupo –como el de las comunidades indígenas- secularmente marginado de la educación superior y, en segundo término, en que hacen parte de culturas diferentes de la del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres. Estas dos diferencias tienen la suficiente fuerza como para producir una variación en los resultados del test indicador de méritos académicos, pues inciden fuertemente en la comprensión de los problemas y en el ofrecimiento de soluciones. Por tanto, si bien las universidades pueden no adoptar un sistema en específico para garantizar la inclusión real de los miembros de pueblos indígenas en la educación superior, resulta injustificado suprimirlo, y no poner nada en su reemplazo que pretenda cumplir funciones equivalentes, bajo el pretexto de que con la supresión del programa se va a garantizar la igualdad, pues por el contrario se está obrando en contra de ese derecho.”

De lo anterior se sacan las siguientes conclusiones, adicionales a las ya establecidas: i) los pueblos indígenas no tienen el mismo punto de partida que las demás personas que participan en los procesos de selección, ii) no se demostró la existencia de igualdad material y efectiva para eliminar el sistema de acción afirmativa, iii) el mérito es la regla general pero pueden existir otros factores como la raza, iv) se debe hacer un análisis estricto de proporcionalidad en los casos de discriminación inversa, v) avaló el argumento de la diversidad y vi) estableció que la diversidad étnica como tal es un escollo al acceso a la educación superior por existir un entendimiento distinto de los problemas y sus soluciones.

2.2. Las acciones afirmativas en educación superior en la jurisdicción estadounidense

2.2.1. El caso Bakke. University of California Regents vs. Bakke

Alan Bakke era un ingeniero blanco de 35 años que quería entrar a estudiar medicina en la Universidad de California en Davis. Intentó entrar en 1973 y 1974 y en ambas ocasiones fue rechazado. Esta universidad

tenía un procedimiento de ingreso a la universidad que permitía la coexistencia de dos programas de admisión:

i) uno que se llamaba el programa regular y ii) otro que se llamaba programa especial. (Corte Suprema de Justicia, (1978), 28 de junio, STC 438 US. 65)

En el programa regular entraban todas las personas que no se consideraban en desventaja económica o educacional ni miembros de minorías. Cabe decir que en esta categoría las personas que no tuvieran un promedio superior a 2.5 sobre 4.0 en sus notas previas eran rechazadas de plano. Las personas que pasaban este corte automático hacían una entrevista con un comité que hacía un análisis de muchos elementos (entre ellos una nota de un examen particular que tenían que hacer para entrar) y pasaban a una lista de espera. Ese comité tenía que formular recomendaciones para admitir a una u otra persona.

En el programa especial sólo entraban las personas que se consideraban una minoría (afrodescendientes, “chicanos”-supone uno latinos-, asiáticos o nativos americanos). Las personas que se consideraban en desventaja económica o de educación no entraban en esta categoría y eran analizados en el programa regular. En este programa especial, las personas no eran rechazadas automáticamente por tener un promedio inferior a 2.5 sobre 4.0. Así mismo, las personas que ingresaban a este programa sólo competían entre ellos y no con el programa regular. La entrevista la hacían ante un comité de personas que también pertenecía a una minoría. Este comité formulaba recomendaciones hasta llenar el cupo con un total de 16 personas sobre 100 que serían admitidas cada año.

Alan Bakke argumentó que las dos veces que aplicó (1973 y 1974) tuvo calificaciones significativamente mayores a las de los que se entraron por ser parte del grupo especial de admisiones y aún así fue rechazado. Por eso demandó a la universidad y buscó la protección de su derecho argumentando que se había violado la cláusula de igual protección (*equal protection clause*) que está en la decimocuarta enmienda a la constitución de EEUU.

La Universidad había dicho que el programa estaba establecido para integrar (racionalmente) a la comunidad médica y a educar médicos que estuvieran más dispuestos a atender a las poblaciones minoritarias y/o marginadas (entendiendo que los médicos de una raza van a estar más dispuestos a atender a pacientes de su misma raza. El argumento deja implícito el hecho que los médicos blancos estaban menos dispuestos a atender comunidades negras. Es un argumento recurrente de parte de universidades y académicos de ese país).

La corte suprema de EEUU tomó la siguiente decisión (Corte Suprema de Justicia, (1978), 28 de junio, STC 438 US. 65): confirmó lo que había dicho la corte de California en lo relativo a que el sistema de cuotas era inconstitucional pero la revocó en lo relativo a que no se podía tomar la raza como un factor en las admisiones. Es decir, eliminó las cuotas fijas de ingreso de minorías a las universidades y mantuvo la raza como factor en las admisiones a las universidades.

La corte suprema de EEUU dijo que el sistema de cuotas era inconstitucional porque a pesar que la diversidad era un fin loable, había formas menos discriminatorias para lograrlo. Hizo un análisis de proporcionalidad en donde la figura no pasó el examen de necesidad. Es decir, había formas menos lesivas de lograr el cometido constitucional.

2.2.2. El caso Schuette vs. Coalition to Defend Affirmative Action.

En noviembre de 2006 el 58% de los ciudadanos del estado de Michigan en EEUU votó a favor de una prohibición a las universidades públicas para usar la raza como factor en sus admisiones.

Este acto fue demandado y una corte de Michigan estableció que era constitucional. Después subió a la sexta corte del circuito (la corte de apelaciones en EEUU) y dijo que era inconstitucional porque violaba la doctrina de la reestructuración política (establecida por la corte suprema de ese país) o la *political-restructuring doctrine* (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572 US.) según la cual un estado (federado) no puede reestructurar su sistema político para hacer que las minorías tengan menos posibilidades de acceder a legislación beneficiosa o disminuir garantías a las minorías para que éstas se puedan defender de políticas

discriminatorias con mayor facilidad. Esta corte de apelaciones dijo que como el estado de Michigan no había demostrado un interés convincente (un principio constitucional- así fuera federal- que validara la acción) que lo hubiera llevado a abolir las acciones afirmativas como criterio, entonces la eliminación de la figura era inconstitucional constitucional.

La corte suprema de EEUU conoció el caso. El Juez Kennedy (que se considera el *swing vote* o el voto de desempate a pesar de haber sido propuesto por el republicano Ronald Reagan) fue el ponente de la decisión mayoritaria y dijo que el tema no se trataba de la constitucionalidad de solicitudes con criterios raciales, sino de si los votantes de un estado pueden escoger prohibir las consideraciones de preferencia racial en decisiones gubernamentales (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572 US.). De esta forma la corte de ese país se abstuvo de analizar directamente el tema de la discriminación racial y se fue por el argumento de los alcances de la soberanía popular de un estado federado. El juez Kennedy estableció que los temas raciales o de discriminación son conceptos que mutan con el tiempo y por ser reflejo de la vida en sociedad, pueden cambiar y reflejar nuevas tendencias (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572 US.)

La opinión mayoritaria decidió que en este caso se estaría debatiendo la doctrina de la restructuración política y decantó los antecedentes en la siguiente frase: la restructuración no es permitida cuando la acción del estado tenga un serio riesgo, si no el propósito, de causar perjuicios específicos basados en la raza (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572 US.). Luego de esto, dijo que en el caso de Michigan no se vislumbra esto por las siguientes razones: i) determinar si una legislación está a favor de un grupo minoritario implica definir a los individuos por su raza y podría necesitar apoyarse en estereotipos indeseados como que los miembros de una misma raza comparten las mismas convicciones políticas (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572 US.); ii) poner el debate público en términos de que una u otra minoría tiene intereses políticos en cierta legislación podría crear incentivos a la parcialización del debate en términos de la existencia o no de ventajas o desventajas raciales (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572

US.); iii) no existían criterios limitantes en este caso o por lo menos no como se había visto en el caso de Seattle¹ De esta manera concluyó que en el caso de Michigan no se había causado ni se había puesto en peligro a una raza. Además, consideró que no había autoridad en la Constitución que permitiera revocar decisiones de votantes de un estado (Corte Suprema de Justicia, (2014) 22 de abril, STC 572 US.).

Acá hay dos cosas importantes para tener en cuenta. La primera es que la corte de ese país se fue por el argumento de la doctrina de la reestructuración política porque, aparte que el caso lo exigía, la decisión era más fácil a la luz de la cláusula general de competencia que tienen los estados federados. Limitar la soberanía de los votantes de un estado federado y revocar su decisión no es lo ideal, menos cuando la política no se muestra evidentemente discriminatoria. Además, se supone que la idea de echar para atrás las acciones afirmativas tiene un fin loable en sí y es que las personas sean absolutamente iguales ante la ley. Como las acciones afirmativas son temporales, se puede incluso decir que la medida ya cumplió su propósito.

En la siguiente gráfica (ANEXO 5), se ve que por lo menos el último argumento (el de haber logrado la integración total) no parece ser cierto.

Las gráficas (ANEXO 5 y 6) tienen la siguiente tendencia en las dos universidades públicas más importantes de Michigan: después de haber eliminado las acciones afirmativas, las minorías (especialmente la afrodescendiente) ha tenido un declive en su participación neta en la población estudiantil universitaria. Esto además se vuelve más grave entendiendo que la población que podría entrar a la universidad (los que tienen 19 años) ha incrementado. Esto quiere decir que la brecha ha aumentado.

Sobre el aumento de la brecha la estadística es dicente. En el 2001 (en la Universidad de Michigan) y en el 2002 (en Michigan State) la brecha entre los afrodescendientes que estaban en posibilidad de edad de entrar a la universidad y los que efectivamente entraron, era de 5 puntos. En el 2011, esa diferencia era de 14 y 12 puntos respectivamente.

¹ Éste fue el caso que dio origen a la doctrina de la reestructuración política. Este caso versaba sobre un régimen de vivienda subsidiada para beneficiar tributaria y laboralmente a una raza sobre otra.

2.3. Recapitulación: semejanzas y diferencias en en la jurisdicción colombiana y la jurisdicción estadounidense

2.3.1. Semejanzas

i) Ambas jurisdicciones acogen la diversidad como argumento de justificación de las acciones afirmativas. Entienden que un ambiente educativo en la diversidad genera inclusión de los marginados y aceptación de los que no lo son.

ii) Ambas jurisdicciones consideran que la raza puede ser un factor a la hora de determinar el ingreso a la educación superior y que el escrutinio de esa medida la debe dar un juicio de proporcionalidad estricto por involucrar un criterio sospechoso.

iii) Ambas jurisdicciones usan argumentos históricos para defender la discriminación inversa, siendo la discriminación el factor decisivo para justificar la medida. Explican que la discriminación hacia la comunidad (afrodescendiente o indígena) proviene del prejuicio, abandono y/o marginación de la sociedad mayoritaria (blanca o mestiza).

2.3.2. Diferencias

i) En Colombia la cuota “racial” definida de antemano para el acceso a la educación superior es constitucional siempre que responda a un análisis de proporcionalidad/razonabilidad estricta. En Estados Unidos el otorgamiento de ese tipo de cuotas (como en el caso Bakke) es inconstitucional porque no pasó el requisito de necesidad en el análisis de proporcionalidad.

ii) En Colombia se usa el argumento de la diversidad étnica y cultural como fundamento de la discriminación inversa. En Estados Unidos no se usa porque no se puede hablar estrictamente de diferencias

étnicas y culturales entre los afrodescendientes y la cultura mayoritaria blanca. Es decir, en ese país la validez de la figura no está fincada en que no se le puede exigir un requisito de entrada “occidental” a un pueblo no occidental, como si está entendido en Colombia.

iii) En Colombia existe titularidad colectiva sobre los derechos como la autonomía (de la comunidad) y la preservación, mientras que en Estados Unidos existe una concepción de titularidad individual del derecho a pesar del reconocimiento de prejuicio contra una comunidad. El efecto de esto es que el argumento histórico se empieza a desvanecer cuando no hay titularidad colectiva de los derechos, porque se entiende que las nuevas generaciones no cargan con beneficios, cargas o injusticias de sus antepasados. En Colombia esta última concepción sigue siendo relativamente válida a diferencia de Estados Unidos.

iv) En Colombia no hay una tendencia regresiva al uso de la figura a pesar de su falta de aplicación. En Estados Unidos existe una tendencia al desmonte. Esto pasa en ese país porque el criterio generalizado es que el racismo se ha acabado y que las condiciones generalizadas de la población afrodescendiente ya están niveladas. Los datos y las nuevas revueltas en Ferguson y Baltimore demuestran lo contrario. En Colombia es distinto porque nadie puede realmente asegurar que la discriminación en contra de la población indígena y afrodescendiente ha acabado.

3. Los principales debates sobre la justicia en torno a la cuestión de las medidas afirmativas en la educación superior

Las medidas afirmativas y en especial la discriminación inversa son temas que ameritan mucho debate filosófico y jurídico porque tocan temas sobre las concepciones de justicia generalmente consideradas, la distribución de bienes escasos y preciados y el mérito. Es decir, tocan temas jurídico-políticos, económicos y personales por lo que siempre generan reserva y discusión. De ahí la importancia de su debate. Además, el objeto esencial y último de la acción afirmativa y discriminación inversa es la igualdad, lo que hace preguntarse sobre la existencia de la misma, su temporalidad y aplicación.

En este capítulo se van a tratar las posturas a favor y en contra de la discriminación inversa. Los argumentos favor estarán a cargo de Sandel, Rawls, Dworkin, Boxill (todos autores estadounidenses). Los argumentos en contra estarán a cargo de Nozick, quien reaccionó genuinamente a lo establecido por Rawls, y de Boxill quien es un defensor de las acciones afirmativas pero escribió unas objeciones que normalmente se les formulan. Por eso es que en el primer caso hago un recuento de las objeciones de Nozick y las critico y en el segundo (Boxill), sólo muestro las críticas que él mismo se formula y las que él mismo se contesta.

3.1. Argumentos en contra

3.1.1. Nozick, el detractor liberal

La crítica principal de Nozick a Rawls recae en su teoría sobre la igualdad, el merecimiento moral y el mérito. Nozick es de un ala liberal/libertaria que busca reivindicar el merecimiento que la gente tiene del fruto de su trabajo. Su uso en este trabajo va a estar restringido al ataque que hace en defensa del mérito.

i) Nozick cita a Rawls en su texto en donde se dice que los activos naturales, las contingencias de su crecimiento y la educación en las primeras etapas de la vida son moralmente arbitrarias (Nozick, 1998, 211).

En este punto también se incluye el esfuerzo porque se entiende que los mejores dotados se esfuerzan más. Nozick está en desacuerdo y considera que esta argumentación le niega la autonomía y la dignidad a las personas y anula el propósito inicial de Rawls de reafirmar la justicia en los humanos. Dijo “Esta línea de argumentación puede bloquear la introducción de decisiones y acciones autónomas de una persona. De esta manera, denigrar la autonomía de una persona y la genuina responsabilidad de sus acciones es una línea arriesgada de tomar para una teoría que, de otra manera, desea reforzar la dignidad y el respeto propio de seres autónomos (...)” (Nozick, 1998, 211)

El argumento está basado en la idea fundamental de *self-possession* o posesión de la propia existencia. Esto tiene una base liberal que dice que el humano es dueño de sí mismo y que puede decidir su destino, sus metas y su patrimonio. Un argumento que implique que el mejor dotado por la naturaleza debe retribuir a la comunidad por sus cualidades, hace pensar que en realidad esa persona le pertenece a la comunidad. Los frutos de su esfuerzo sólo serán aceptables en la medida en que haga una distribución de los mismos a los menos favorecidos (esta distribución obviamente tiene fuertes condicionamientos y no debe ser interpretado de manera simplista). El argumento tiene hondos repercusiones filosóficas pero no prácticas. Desde hace tiempo se entiende que toda propiedad tiene una función (sea la que sea) que no sólo exclusivamente está *en función* de su propietario. Esto quiere decir que el humano no sólo le pertenece a sí mismo; de ahí que viva en sociedad. Está en un entramado social y cultural al que pertenece y al que está sujeto y al que le tiene que responder. De hecho éste es el fundamento de un sistema impositivo tributario. Además, el argumento de Nozick parte del supuesto que las personas viven en un relativo estado de naturaleza, lo que pierde sentido en la realidad contemporánea. Entre más personas (de distintas culturas, etnias, razas, condiciones, etc.) conformen su sociedad inmediata, menos en posibilidad de *self-possession* estará.

ii) El otro argumento de Nozick en contra de Rawls y la relación entre el merecimiento moral y el mérito se resume en este aparte “Pero las diferencias en dotes naturales podría estar correlacionadas con otras

diferencias que no son arbitrarias desde un punto de vista moral y que sin duda tienen alguna posible pertinencia moral para las cuestiones distributivas. (...) Pero, añadir la premisa de que cualquier pauta que tiene una descripción *grosso modo*, coextensiva que es arbitraria desde un punto de vista moral es arbitraria ella misma desde un punto de vista moral sería demasiado fuerte, porque produciría el resultado de que *toda* pauta es arbitraria desde un punto de vista moral.” (Nozick, 1998, 215).

El argumento de Nozick plantea un panorama desolador en el que no hay ningún incentivo y en el que ninguna pauta es válida porque todo es arbitrario. El argumento es simplista y extremo. Los argumentos de Rawls son debatidos en una sociedad particularmente capitalista y meritocrática como la estadounidense, pero pensar que la teoría de Rawls implica vivir en una constante aleatoriedad existencial no es razonable. Si es razonable pensar que el humano tiene cierta función en su sociedad. Ésta sería una abstracción adecuada y desde ahí se podría construir una buena crítica.

iii) A pesar de esto, Nozick continúa su argumentación haciendo uso de un concepto generalmente aceptado. Dice “continúa sosteniendo [Rawls] que las personas tienen el derecho a lo que producen, a los productos de su trabajo, a lo que otros les dan o les intercambian. No es verdad, por ejemplo, que una persona *gane* Y (el derecho de conservar una pintura que ha pintado, elogios por escribir *Teoría de la Justicia*, etcétera), sólo si ha *ganado* (o de otra manera *merece*) todo lo que él usó (incluyendo dotes naturales) en el proceso de ganar Y. Algunas de las cosas que usa, simplemente las puede tener, no ilegítimamente. No es necesario que los fundamentos que subyacen el merecimiento, sean también merecidas, de pe a pa.”(Nozick, 1998, 221)

Este es un argumento sincero que trata la frustración que resulta de asumir una postura pura de Rawls. Nozick dice que el insumo (así sean los atributos naturales) no tienen que ser merecidos para que el resultado sea merecido. Además, saca un argumento clásico y dice que en realidad el hecho de tener algo no viola el derecho de otra persona de acceder a él ni el resultado que se deriva del mismo viola el derecho de nadie. En

esencia, liberalismo clásico. Nozick dice que la persona que quiere acceder a lo que otra tenga, debe luchar por eso y que a la persona que tiene mejores atributos naturales no se le puede reprochar ni reclamar por ese hecho porque además no depende o dependió de él. Los anteriores son argumentos útiles, pero que no escapan de la teoría clásica liberal a la que Rawls precisamente critica.

iv) El último argumento de Nozick es que como nada se merece, entonces las diferencias existentes deben ser abolidas. Pensar esto sería una afronta contra el capitalismo y los derechos de propiedad. No lo dice tan directamente pero la afirmación está ahí. Evidentemente Rawls no es un académico comunista por lo que uno no le puede acusar de querer abolir la propiedad. Rawls sabía que se le podía acusar de esto y por eso dijo que él no buscaba eliminar los incentivos de la gente para generar riqueza (si habla de incentivos y de riqueza no quiere abolir la propiedad) sino sencillamente redistribuir esas ganancias por las que no podían reclamar crédito (por ser dados por el azar) en una forma que no se especifica pero que se puede hacer a través de un sistema impositivo. Pero Rawls no se mete con esto. Es una cuestión filosófica no de derecho tributario. (Nozick, 1998, 223)

3.1.2. **Boxill autocriticándose y autorespondiéndose**

La objeción general que se le hace a las acciones afirmativas es que los criterios arbitrarios nunca pueden ser usados como factor a la hora de aplicar a un trabajo o a una universidad porque hay una preferencia injusta por un determinado grupo poblacional.

i) La primera objeción que se hace Boxill es que la raza no es un logro. Como no es un logro, no debería por qué tener una preferencia a la hora de escogerse en un trabajo o una universidad. En este escenario, la educación es un premio a los inteligentes (Boxill, 2003, 595).

Boxill se contesta diciendo que la educación no es un premio ni un bien, sino un derecho y un servicio que el Estado presta a sus ciudadanos. Con base en esto, el Estado puede usar criterios arbitrarios para dar

preferencias en el acceso a la educación superior si eso conlleva una finalidad específica, como podría ser llevar un servicio a toda la sociedad. De hecho las universidades ya usan criterios arbitrarios para acceder a la educación (por lo menos lo han hecho en Estados Unidos) cuando definen que una persona no tiene aptitudes suficientes o la juventud necesaria para acceder a una carrera. (Boxill, 2003, 595).

ii) La segunda objeción que se le ha hecho a las acciones afirmativas es que compensa y traslada culpas a personas que no han sufrido y que no han discriminado respectivamente. Ésta es la crítica principal al argumento que mira hacia atrás que se muestra abajo.

Boxill se contesta diciendo que la reparación que se hace a las víctimas actuales es consecuencia del prejuicio racial que existe en la sociedad (estadounidense y aplicable a la colombiana) y que no se ha acabado. Es decir, acaba con el argumento que los afrodescendientes o indígenas de hoy no han sufrido el prejuicio que conlleva la discriminación. En Colombia la segregación está presente y ni siquiera se puede hablar de una discriminación aparentemente lejana como la de EEUU. La jurisprudencia colombiana citada reconoce a la justicia reparativa histórica como válida (Corte Constitucional, 2000, 29 de marzo, STC C-371/00) pero en este caso el argumento de Boxill tendría una mirada de justicia reparativa sin el apellido de histórica porque es actual. La única validez de “mirar hacia atrás” es para decir que se ha prolongado en el tiempo pero que no ha parado.

iii) Hay otra objeción que dice que las acciones afirmativas distribuyen sus beneficios de manera injusta. El argumento es así: los prejuicios raciales o sexuales perjudican a todos los afrodescendientes y a todas las mujeres, pero sólo beneficia a los afrodescendientes de clase media y clase alta. Aunque esto es casi que estadísticamente correcto, si es claro que hay varias concepciones equivocadas: (i) No es absolutamente claro que el prejuicio es más dañino hacia los afrodescendientes y mujeres de las clases bajas que hacia los de clase media o alta. Las calificaciones normalmente menores no implican que el prejuicio más poderoso lo haya causado. Esto se da quizá por peores condiciones de educación. (ii) El hecho de apoyar las acciones

afirmativas no implica dejar de lado otras políticas hacia las clases bajas de afrodescendientes (Boxill, 2003, 601)

iv) la última objeción es que las acciones afirmativas son elitistas. Los argumentos serían así: (i) Cada sociedad tiene a su *talented tenth*. Los afrodescendientes hacen parte de la comunidad estadounidense y estos ya tienen a su *talented tenth*. (ii) Por qué quiere un *talented tenth* educado en universidades de élite. (iii) Las acciones afirmativas no crean mejor una clase privilegiada antes que un *Talented Tenth*.

Las respuestas van así: (i) Las sociedades negras y blancas en EEUU están segregadas. Si el *Talented Tenth* de los blancos lo es y protege a los suyos por una cuestión de afinidad, por qué los afrodescendientes no pueden tener el suyo. Ahora, se puede replicar que esto ayudaría a crear líderes de dos sociedades segregadas. Se contesta que en la educación superior del *Talented Tenth* se puede crear un *talented tenth* integrado. (ii) Los efectos de lo que diga el *Talented Tenth* blanco afectan a las comunidades negras por lo que deben estar suficientemente preparados (iii) Puede pasar, pero ahora hay investigaciones que dicen que los afrodescendientes beneficiados por acciones afirmativas tienen lazos fuertes con sus comunidades originarias (Boxill, 2003, 601)

3.2. Argumentos a favor

3.2.1. La discriminación inversa por Michael Sandel: análisis de Rawls, el mérito y el merecimiento moral

Sandel comienza haciendo una descripción de la teoría de Rawls que se convierte en una pieza importante para rebatir el mérito y el merecimiento moral que son dos argumentos muy fuertes en contra de la discriminación inversa, por lo que tendrán un papel fundamental en el desarrollo de este trabajo. La idea de este análisis es rebatir el uso preponderante y casi único del mérito como requisito para entrar a la educación superior.

Rawls basa su teoría en el contrato hipotético que hacen o que hubieran hecho las personas al momento de entrar a hacer parte del contrato social. Dice que, para evitar cualquier tipo de abuso de un conjunto de personas que quisiera aprovecharse de una condición en particular, habría un “velo de ignorancia” que impediría a esas personas ver cuáles serían sus condiciones sociales, económicas y físicas luego de firmado el contrato. En realidad es una materialización del deber ser. ¿Qué principios y sistema político-social escogerían todas las personas como justos si ninguno tuviera un interés particular? Cuando Rawls responde a esta pregunta y teoriza sobre el contrato social o “estado inicial” está buscando un principio que sea objetivamente aceptado por todos. (Sandel, 2013, 171)

Entonces Rawls empieza a teorizar sobre la escogencia de un principio que garantice la limitación de la desigualdad social y económica y lo sintetiza así: se permiten ciertas desigualdades económicas siempre que esas desigualdades reporten algún beneficio a quienes están en una posición económica más desfavorable. (Sandel, 2013, 174). A esto, Rawls le llama el principio de la diferencia o el *difference principle* (Sandel, 2013, 173). El *difference principle* está basado en una concepción originaria de por qué se puede permitir a una persona ser desigual.

A lo que quiere llegar Rawls, y lo hace evidente Sandel, es que “Bajo el artificio del velo de la ignorancia se esconde un argumento moral que se puede enunciar con independencia del experimento mental. La idea principal es que la distribución de la renta y de las oportunidades no debería basarse en factores que, desde un punto de vista moral, resulten arbitrarios.” (Sandel, 2013, 175) Este argumento es: el velo de la ignorancia impide ver las condiciones particulares futuras que tendría una persona después de haber firmado el pacto (raza, género, etnia, condición física) por lo que no podría aprovecharse de ninguna de esas condiciones y conforme eso plantear principios o normas que dirijan la comunidad y como no se podrá aprovechar de ninguna condición particular arbitraria (como la raza, el género, etnia, condición física, talento, inteligencia) porque no se conoce, habrá una tendencia a estatuir principios justos por el temor a que luego de estatuidos, esa

persona se convierta en víctima. De lo anterior se concluye que lo objetivo y justo en un sistema es que los principios que rijan la comunidad no den preferencias a condiciones arbitraria de la naturaleza (raza, género, etnia, inteligencia) o sociales (posición privilegiada al nacer, papás educados) a la hora de distribuir un beneficio, como por ejemplo, la educación. Acá hay un punto importante de reflexión que se tratará más adelante.

3.2.1.1. La arbitrariedad moral

Rawls ofrece varios sistemas jurídicos y políticos para mostrar que su teoría es correcta y que las personas escogerían, detrás del velo, el principio de la diferencia o el *difference principle*. Dijo que nadie escogería una aristocracia feudal porque precisamente toman en cuenta cosas que las personas no controlan, como el hecho de haber nacido en un determinado lugar.

Para remediar esos factores arbitrarios que la gente no controla, pone el ejemplo de las sociedades de mercado (Sandel, 2013, 175). El sistema aparentemente no partirá de factores arbitrarios porque no asigna preferencias por linaje o sexo y porque a los ciudadanos se les garantizará una igualdad ante la ley. Esto es liberalismo clásico. La gente puede ejercer la carrera que quiera y el mercado determinará quién tendrá más renta y patrimonio sin que el Estado tenga que intervenir, ni siquiera, en la nivelación de las desigualdades naturales o sociales. Acá habría igualdad formal de las oportunidades. Es decir, nadie será discriminado para hacer o ejercer algo.

Sin embargo, Sandel dice “Legalmente, permite que todos luchen y compitan. En la práctica, sin embargo, las oportunidades pueden distar mucho de ser iguales” (Sandel, 2013, 176) Es obvio que el otorgamiento de un cupo en una universidad no es responsabilidad entera del que se postula. Su educación no dependió de él. Sandel dijo después “Quienes tienen familias que los respaldan y una buena educación cuentan con una clara ventaja sobre quienes carecen de ello. (...) Por eso, sostiene Rawls, la distribución de la renta y

del patrimonio resultante de un mercado libre con igualdad formal de oportunidades no se puede considerar justa.” (Sandel, 2013, 176).

El siguiente paso en la evolución jurídico político para Rawls es la meritocracia equitativa. Acá no sólo se le da la posibilidad de arrancar desde el mismo punto de partida (como en la igualdad formal) sino que se da la posibilidad de arrancar con las mismas oportunidades. Este tipo de sociedad es la que uno puede decir que la Constitución de Colombia parece haber establecido en el artículo 13 constitucional cuando habla de igualdad material. Este tipo de sociedad es absolutamente deseable desde todo punto de vista y prácticamente nadie se puede negar a su implementación. Sin embargo, en Colombia ni siquiera se ha llegado a la meritocracia equitativa. Es una sociedad profundamente dividida donde las condiciones socioeconómicas en donde una persona nació casi que predeterminan su existencia.

Para Sandel la meritocracia equitativa no basta. Dijo “Según la concepción meritocrática, la distribución de la renta y del patrimonio resultante de un mercado libre es justa, pero sólo si todos tienen las mismas oportunidades de desarrollar sus aptitudes. Sólo si todos empiezan en la misma línea de salida se podrá decir que los ganadores de la carrera se merecen el premio que reciben. Rawls cree que la concepción meritocrática corrige ciertas desventajas moralmente arbitrarias, pero sigue sin llegar a ser justa. Pues, aunque se logre que todos partan del mismo punto de salida [haciendo un paralelo entre una carrera y la educación superior], será más o menos predecible quiénes ganarán la carrera: los que corran más deprisa.” (Sandel, 2013, 177) Acá el argumento muta porque está reprochando el hecho que el más rápido o el más inteligente ganará y eso va en contra de lo que podrían ser principios generales de justicia.

Entonces, resumiendo, la meritocracia equitativa no basta, porque en últimas no es equitativa. Parte de la base de criterios que son aleatorios, como el talento natural para algo que fue otorgada por la lotería natural o el azar. Incluso a veces la inteligencia no es lo dirimente. En un estudio reciente que se citó en un artículo del *New York Times* (The New York Times, Drier y Kahlenberg, 2014) se dice que un niño antes de cumplir los 5

años con padres graduados en una universidad, oyen 34 millones de palabras más que un niño que no tiene ningún papá graduado de nada. Es evidente que un niño con esas oportunidades (otorgadas por el azar) y que no necesariamente son una capacidad y/o aptitud innata, va a ser mejor. Eso es innegable. Justamente, la recreación/repetición constante y a veces inconsciente de esta dinámica es lo que genera clases sociales tan delimitadas en sociedades como la colombiana.

Las críticas a esto han sido económicas y jurídicas. i) Los argumentos económicos están encaminados a decir que se desincentiva al mejor y se incentiva a no serlo. El argumento económico se basa en que si no voy a obtener los frutos de mi esfuerzo o van a ser muy pequeños, para qué hacerlos. Rawls contesta que la diferencia de ingreso en virtud del *difference principle* es admisible si el incentivo que retribuye su cualidad (ganar más plata que los demás) es usado en parte para retribuir a los que no tuvieron esa cualidad. ii) Las críticas jurídicas dicen que esta visión conlleva a una igualdad niveladora. Esto quiere decir que en la carrera “se imponen lastres a los talentosos” (Sandel, 2013, 178). Esto se conoce como las teorías igualitarias de la justicia. Este argumento es aparentemente coherente pero inadmisibile. Rawls dice que el *difference principle* no pretende ni puede pretender desincentivar a los mejores. La idea principal es corregir la distribución desigual de aptitudes y dones sin que se les desincentive por ser lo que son. Finalmente, se puede aprovechar el don natural mientras se ayude a mejorar la condición de los que no tuvieron suerte. (Sandel, 2013, 179)

Lo que le subyace al argumento de Rawls es que aquellas cualidades de las que se precia el humano como la inteligencia, el esfuerzo, el mérito y la disciplina son arbitrarias desde el punto de vista natural por lo que el humano no se puede preciar de ellas. Tan arbitrario puede llegar a ser que hay estudios psicológicos que dicen que hay ciertas cualidades que sólo los primogénitos tienen o que los tienen más acentuados. Y eso claramente no depende de uno. (Sandel, 2013, 182)

3.2.1.2. **Moral desert o merecimiento moral.**

Todo lo anterior hace llegar a la conclusión que la gente en realidad no tiene fundamento para pensar que son merecedores de sus éxitos y sus esfuerzos. Eso hace pensar que la distribución que se ha hecho de todos los recursos en la historia según la cual a cada quién se le da lo que se merece, pierde sentido. Es decir, la teoría de Rawls no concibe la justicia distributiva (se da a cada quien lo que se merece). Sin embargo, estos postulados se matizan al pensar que “Si la justicia distributiva no consiste en premiar el merecimiento moral, ¿significa que a quienes trabajan duro y se atienen a las reglas no les corresponden en absoluto las recompensas que obtienen por su esfuerzo? No, no exactamente. Aquí Rawls hace una distinción, importante pero sutil: entre el merecimiento moral y lo que él llama “derecho a las expectativas legítimas” (...)” (Sandel, 2013, 184). La justicia distributiva, en su forma equitativa estilo Rawls y haciendo una verdadera distribución no basada en el mérito ni en la creencia de que se merece algo, debe satisfacer las expectativas legítimas que se producen una vez que se han instaurado las reglas del juego (Rawls, 1995, 284).

Significa que, si una vez se establecen las reglas claras de juego sobre el hecho que una persona puede ganar más que otra y obtener los frutos de su “esfuerzo” y “mérito” pero teniendo en cuenta que debe existir una retribución por esa cualidad arbitrariamente asignada, entonces puede recibir lo que legítimamente esperaba recibir por desempeñar su actividad. Entonces, todo se resume en que debe existir un sistema impositivo y redistributivo que actúe a favor de los menos pudientes (Rawls, 1995, 285).

3.2.1.3. **Las acciones afirmativas en Sandel/Rawls**

Una mujer llamada Cheryl Hopwood demandó a la Universidad de Texas por discriminación (Sandel, 2013, 189). La Universidad tenía una política de acciones afirmativas para latinos y afrodescendientes. Ella hizo la admisión y el examen y obtuvo igual o mejor puntaje que sus compañeros afrodescendientes admitidos, pero por ser blanca no fue admitida. Ella demandó y dijo que había un caso de discriminación. En

la demanda, el decano de la universidad dijo que tenía que haber diversidad tanto en la universidad como en los puestos a los que aspiraban los egresados por ser deseable socialmente y porque así habría más legitimidad de la justicia. El decano dijo que la facultad de Derecho perseguía que el 15% de los egresados fueron afrodescendientes y latinos (Sandel, 2013, 191). Para perseguir ese fin, entonces estableció que la raza podía ser uno de los requisitos de entrada a la universidad.

Sandel se pregunta: “¿es injusto tener la raza y la etnia en cuenta en contrataciones o en admisiones universitarias?” (Sandel, 2013, 192) Para Sandel y Dworkin hay dos principales argumentos que defienden las acciones afirmativas. Estas son: i) compensar injusticias del pasado y ii) promover la diversidad.

i) compensar injusticias del pasado:

Este argumento va a ser desarrollado abajo en el capítulo de Boxill. Sin embargo, el argumento se resume en que se tiene que dar un trato preferencial a ciertas personas por existir una historia de discriminación y prejuicio que los ha dejado en desventaja frente al resto de la sociedad. (Sandel, 2013, 195).

iii) Promover la diversidad:

Es un argumento que muestra la concepción que se tiene de lo que es la educación. Sandel dice “[el argumento] Trata la admisión menos como una recompensa a quien le es conocida que como un medio de acercarse a un objetivo que merece la pena socialmente.” (Sandel, 2013, 195) Esta postura también es asumida por Boxill. La educación no es un premio a los que creen tener el merecimiento moral de acceder a una universidad de élite. La educación cumple un papel social y el sólo hecho de hacer que la gente de diversa raza, sexo y etnia vaya a la universidad e interactúe con las mayorías predominantes en las universidades es loable en sí mismo.

El argumento tiene dos vertientes. La primera es que cuando existe diversidad en el contexto educativo los estudiantes aprenderán más en todo aspecto. Es un argumento bonito y políticamente rentable pero no es absolutamente verificable. La segunda vertiente del argumento es que “preparar a las minorías desfavorecidas

para que asuman puestos destacados en cargos públicos y profesionales clave contribuyen al propósito cívico de la universidad y al bien común” (Sandel, 2013, 196). Esto se puede traducir en un imperativo social en el que la sociedad se compromete a darle la oportunidad de estudiar a personas que considera marginadas o minoritarias. Es por eso que el argumento de la diversidad y la de compensación de injusticias del pasado pueden convivir y funcionar muy bien de la mano. Este concepto de la deuda histórica ha sido muy usado en Colombia por ejemplo.

Los críticos del argumento dicen que va a ahondar las diferencias al aumentar la conciencia racial y el resentimiento (Sandel, 2013, 196). Este contraargumento no es contundente. Realmente donde hay que tener cuidado es en la temporalidad de la acción afirmativa para evitar crear desigualdades a futuro.

3.2.1.4. **Preferencias raciales**

Las personas que consideran que las acciones afirmativas son discriminatorias, dicen que la raza, el sexo y/o la etnia son criterios sospechosos. Por eso, deben ser excluidos a la hora de formular cualquier política pública y/o norma, entonces no parece lógico sino discriminatorio el hecho de otorgar una preferencia a una persona en esa situación. Se dice que al dar ese privilegio se están poniendo en desventaja a los demás a la hora de competir (Sandel, 2013, 197).

A estos cuestionamientos se responde que usar la raza como factor no viola los derechos de nadie. Ahí no había un derecho de nadie a entrar a la universidad. La persona que fue excluida quizá piensa que sólo deberían ser consideradas las aptitudes académicas para entrar, pero esto de ninguna manera radica en cabeza suya un derecho a entrar, además porque niega la autonomía universitaria de fijar unas políticas respecto de cuál es su misión.

Finalmente, eso lleva a pensar y concluir lo siguiente: que a se admita a alguien en una universidad no es un premio a la inteligencia (Sandel, 2013, 198). La educación como privilegio y/o como premio debe ser

erradicado del pensamiento colectivo. Naturalmente que la privatización de prácticamente todo el sistema educativo superior colombiano ha hecho que esa concepción se generalice, pero no hay que perder de vista el punto.

Dworkin y Rawls concuerdan en que la justicia distributiva y la justicia en la admisión universitaria no tiene nada que ver con el merecimiento moral (Sandel, 2013, 198). Nadie se puede creer con más derecho a entrar a una universidad porque tiene más méritos académicos. Si bien es un factor importante, no puede ser determinante sobretodo si se considera que la educación es un vehículo para la inclusión social y no un privilegio/premio obtenido por el que saca mejores notas y tiene mejores aptitudes académicas.

3.2.2. Dworkin; el defensor de las acciones afirmativas

La cláusula de igual protección estadounidense o *equal protection clause* parte del principio que las decisiones y acuerdos políticos deben mostrar igual preocupación por el destino de todos. Dependiendo de la interpretación dada, esto puede apoyar o no las acciones afirmativas. Las dos opciones son: i) si se otorga una distinción que hace que el Estado prefiera un grupo sobre otro no se está siguiendo la cláusula de igual protección y ii) si se otorga una distinción a un grupo es justamente porque el Estado está mostrando igual preocupación por todos, incluyendo los grupos marginados que no están en situación de igualdad con respecto a las mayorías.

Dworkin dijo “Hicimos la distinción entre las estrategias generales, colectivas, que un gobierno utiliza para asegurar el interés general como una cuestión de política y los derechos individuales que reconoce, como una cuestión de principio, como triunfos sobre esas estrategias colectivas”(Dworkin, 1991, 268) Esto es sencillamente un desarrollo de la irreductibilidad de los derechos fundamentales ante ciertas políticas públicas. Dworkin y su Juez Hércules se preguntan por cuáles son esos derechos. (Dworkin, 1991, 269)

Empieza a hacer una distinción sobre tres posibles descripciones de un derecho contra la discriminación racial. Estas son: i) clasificaciones sospechosas. Es una consecuencia de la cláusula de trato igual. Según esta visión, las personas no pueden ser discriminadas más allá de aquello que ya exige la restricción racional (Dworkin, 199, 269). Siguiendo esto, no sería irracional segregar colegios en EEUU porque no se estarían lesionando derechos individuales (si los colegios de afrodescendientes están en igualdad de condiciones que los blancos) y se estaría maximizando el bienestar general (si se demuestra que generaría traumas en los niños blancos o afrodescendientes.) Este tipo de postura permitió la existencia de la consigna de *separated but equal* y se subsume en ese entendimiento. ii) Categorías prohibidas. Esta teoría dice que cualquier referencia a un criterio sospechoso (como se le llama en Colombia) es discriminatoria a pesar de buscar mejorar la situación de esa misma población. iii) fuentes prohibidas. Se resume en la siguiente frase de Dworkin “Insiste en que las preferencias (de las mayorías) basadas en algún tipo de prejuicio en contra de un grupo nunca pueden contar a favor de una política que incluya la desventaja de dicho grupo (...)” (Dworkin, 1991, 270). En la primera teoría de la que habla Dworkin se piensa que no hay discriminación si esa diferenciación es racional y genera una optimización del bienestar general. Esta tercera teoría es incompatible con ese pensamiento y establece que ninguna política que se basa en un prejuicio (por lo general negativo) en contra de una población puede auto justificarse diciendo que evita la discriminación o la segregación.

Finalmente, estas tres teorías tienen las siguientes particularidades: la primera teoría es cómoda y considera que la segregación es (más bien discriminación en el siglo XXI) constitucional en la medida en que genera bienestar general si así lo dictan las preferencias generales. La segunda teoría es una teoría ciega a cualquier color y condición. Ésta es una aproximación muy francesa de la discriminación y está basada en un concepto de Nación que elimina cualquier diferencia. Incluso elimina el concepto de pluralidad y multietnicidad colombiana que rigió sólo desde la constitución de 1991. La segunda teoría elimina cualquier posibilidad de existencia de acción afirmativa y naturalmente, de la discriminación inversa. La tercera teoría

parte del principio que se pueden hacer diferenciaciones en la legislación para beneficiar a personas que históricamente han sido víctimas del perjuicio (Dworkin, 1991, 272). Esta última concepción tienen en cuenta todas las consideraciones que se han hecho en este texto y reconoce, como debe serlo, la existencia de pluralidad de personas, razas y etnias y el nacimiento de un derecho a no ser discriminados y a ser resarcidos por la discriminación sufrida.

3.2.2.1. Caso Bakke según Dworkin

El caso Bakke descrito arriba es traído a la discusión por Dworkin (Dworkin, 1991, 276). Empieza a hablar del juez Hércules y describe cómo en este caso tendría que asumir una postura y que tendría que escoger entre la segunda tesis de cierta inspiración francesa (The New Yorker, Stille, 2015) y la tercera (de las fuentes prohibidas que permite la existencia de las acciones afirmativas). Finalmente, Dworkin se inclina por que Hércules definitivamente escogería la tercera teoría (fuentes prohibidas). Él se basa en que la segunda teoría es ciega a la raza, pero también es ciega a otros factores como la inteligencia, la ubicación geográfica o su capacidad. En esto se parece a Rawls. Dijo “la teoría de las categorías prohibidas es demasiado arbitraria como para ser considerada una interpretación genuina bajo el derecho como integridad. Debe estar apoyada por una descripción basada en principios de por qué las propiedades en particular que prohíbe son especiales, y el único principio disponible es que las personas nunca deben ser tratadas de manera diferente en virtud de propiedades más allá de su control” (Dworkin, 1991, 276) Afortunadamente, así también pasó en el Derecho colombiano. No se puede reconocer un país pluriétnico y pluricultural y al mismo tiempo pretender que sea compatible con una ceguera estatal frente a la raza, a la etnia o al género. Pretender identificar a la raza como un factor arbitrario pero no a la inteligencia ni la capacidad atlética por ejemplo, es negar la realidad y sentir un merecimiento moral por algo de lo que uno no es responsable. (Dworkin, 1991, 277)

3.2.2.2. El caso De Funis y la discriminación inversa como tal

Dworkin habla de un caso en el que una persona judía de apellido DeFunis demandó a la Universidad de Washington por haberlo rechazado en la admisión al programa de Derecho de esa universidad. El estudiante alegó que estaba protegido por la *equal protection clause* o cláusula de igual protección que impide que haya un tratamiento diferenciado. DeFunis dijo que estaba siendo tratado de manera desigual por lo que requería que la situación fuera remediada. El estudiante dijo que la facultad de derecho le violó su derecho individual a la igualdad en pro de una política de mayor igualdad general (Dworkin, 2002, 332). Dworkin se pregunta cuáles son los derechos individuales que pueden frustrar una política de igualdad general.

Para contestar ese interrogante, Dworkin hace una distinción entre dos tipos de derechos: i) el derecho a igual tratamiento, que es la distribución equitativa de una carga o deber como el voto (en unas elecciones) y ii) el derecho a ser tratado como igual que consiste en ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquier otro ciudadano (Dworkin, 2002, 332). Según Dworkin, el derecho a ser tratado como igual es el fundamental y el derecho a igual tratamiento es derivado. En este caso, DeFunis no tiene derecho a igual tratamiento (o sea el primero, el que es el derivado) porque no puede alegar que como a alguien más le dan un cupo, entonces tiene derecho a otro cupo. Esto se puede alegar si a alguien no le dejan votar a pesar de tener más de 18 años y cédula, pero no en un caso de un cupo universitario. Así, De Funis tiene la posibilidad de decir que tiene un derecho a ser tratado como igual en la decisión referente a los estándares de admisión (Dworkin, 2002, 333), es decir, que sus intereses (entrar a la universidad) sean tratados con suficiencia como los de otra persona al momento de decidir si la raza cuenta como criterio en la prueba de admisión (Dworkin, 2002, 333).

En un análisis propio de la proporcionalidad, Dworkin llega a la siguiente conclusión “Cualquier estándar pondrá a ciertos candidatos en desventaja frente a otros, pero una política de admisión puede justificarse, sin embargo, si parece razonable esperar que el beneficio global para la comunidad exceda a la

pérdida global, y si ninguna otra política produjera, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable” (Dworkin, 2002, 333). La pérdida de la oportunidad de una persona de acceder a algo puede ser reparada con el hecho de que se genera mayor beneficio para toda la comunidad. Usualmente se descartan estudiantes menos inteligentes por unos más inteligentes teniendo en cuenta que eso le va a generar más utilidad a la sociedad o por lo menos eso parece (y si se descarta la idea de concebir a la educación como un premio al mérito). En la medida en que cambie el criterio acerca de qué significa crear más beneficio en la sociedad, cambiarán las políticas públicas, entre ellas la de la admisión a las universidades. El criterio de beneficio total a la sociedad nunca puede basarse en un prejuicio (contra afrodescendientes, indígenas, mujeres, etc.) porque precisamente se auto anularía. Esto es un argumento que tiene un sustrato económico y que es admisible si conserva las cualidades descritas arriba. (Dworkin, 2002, 333)

A modo de conclusión, Dworkin dice que hay derechos sacrificables en pro de políticas más amplias. (Dworkin, 2002, 334)

Como se dijo arriba, no se puede usar ningún argumento que comporte un prejuicio para decir que se está generado mayor bienestar social (Dworkin, 2002, 335). Para decir que el bienestar social se mejora, se pueden usar argumentos utilitaristas e idealistas. El utilitarista diría que el nivel promedio o colectivo de la sociedad está mejor aunque disminuya el bienestar de algunos (Dworkin, 2002, 339) El argumento idealista se resume en: sin importar el impacto que tenga sobre el bienestar promedio, la inclusión de las minorías genera una sociedad más justa (Dworkin, 2002, 339). La pregunta general que se tiene que hacer el Estado y la sociedad es que si se va a lograr una sociedad sea más equitativa y por eso más justa (porque crea más oportunidades, porque crea oportunidades a los que no las tenía, porque es incluyente, etc.) entonces la medida es aceptable.

3.2.3. Boxill y el Talented Tenth

Boxill comienza diciendo que la visión generalizada de la acción afirmativa como una herramienta preferencial para minorías y mujeres puede ser imprecisa y puede conducir al abuso o uso arbitrario de la figura.

Las acciones afirmativas tiene dos argumentos clásicos para defenderse: i) los que miran hacia el futuro y ii) los que miran hacia el pasado (Boxill, 2003, 593). Ambas remedian cosas distintas. La argumentación que mira hacia el futuro tiene en mente que la integración racial es por sí sola un valor democrático y el argumento que mira hacia el pasado es compensatorio de las injusticias sufridas.

El argumento más atacado es el que mira al pasado porque implica una sucesión de derechos (y culpas) de una generación a otra. Incluso Dworkin se adhiere a esa crítica (The New York Times, Dworkin, 1991).

La idea de Boxill es defender ambas perspectivas. Dice que las acciones afirmativas no sólo tienen que estar respaldadas por argumentos tan “espectaculares” como el de lograr una sociedad integrada y sin prejuicios, sino que también pueden encontrar su validez en argumentos de “menor valor” democrático como el resarcitorio.

3.2.3.1. El prejuicio

El argumento que mira hacia el futuro (como el defendido por Dworkin) dice que las acciones afirmativas crean mejores ambientes de educación superior. Esto se logra al haber un aumento de la diversidad de las personas que atienden las universidades de élite (de distintas razas y etnias) (Boxill, 2003, 594).

Dworkin dice que el sólo hecho de tener universidades más variadas es benigno por sí solo. Además, dijo que habrá disminución del prejuicio porque las personas de distintas razas van a trabajar juntas y van a estar integradas. Boxill entiende el argumento pero no cree necesariamente que sea una justificación adecuada de las

acciones afirmativas. Lo que habría que hacer en esos casos es integrar colegios y universidades y ya, no otorgar preferencias a personas de cierta raza o etnia.

Luego Boxill da un argumento que pone en duda a Dworkin. El argumento es: las acciones afirmativas disminuyen el prejuicio social porque las razas se juntan en las universidades de élite. Entonces esto va a disminuir la discriminación racial porque los afrodescendientes van a poder acceder a puestos de poder, lo que significará que los afrodescendientes (que están estratificados y pertenecen a la clase baja de esa estratificación) suban a las clases medias o altas. Pero en palabras de Boxill “Pero se puede hacer una sociedad racialmente estratificada menos racialmente estratificada pero no más igualitaria. Se puede hacer esto empujando unos afrodescendientes hacia arriba y empujando unos blancos hacia abajo. Como esto es supuestamente exacto a lo que hace la acción afirmativa, puede hacer una sociedad socialmente menos estratificada mientras hace que la sociedad sea menos igualitaria” (Boxill, 2003, 594).

Lo que trata de decir Boxill es que este argumento puede no tener el efecto positivo que pretende o por lo menos otro diferente y es que las sociedades estén menos estratificadas racialmente pero que tengan un componente desigualdad igual o mayor y en realidad ésta no es la idea.

3.2.3.2. El Talented Tenth

La educación superior tiene unos beneficios implícitos. A veces se piensa que el solo hecho de ir a una universidad le cambia la manera de ver el mundo y otro argumento que dice que las personas que van a la universidad terminan devolviéndole a la sociedad un poco más de lo que recibieron (Boxill, 2003, 596). Hay maneras de aportar. Hay un tipo de aporte que es más individual y que tiene que ver con que la persona se realizará y ése ya será suficiente para mejorar la sociedad. El otro tipo de aporte es el que aplica más a este trabajo. Es un aporte relativamente filantrópico en el que el beneficiado por la acción afirmativa se pueda retribuir porque ha recibido. Boxill lo expresa así “El (...) argumento refuerza el beneficio moral y práctico

que las sociedades reciben de los beneficiarios de la educación superior y dice que estos individuos van a estar moralmente motivados a ayudar a la sociedad que ayudó a pagar su educación, al menos cuando esa educación se ha llevado a cabo.”(Boxill, 2003, 596).

Boxill dijo que desde Platón existía esta noción retributiva de la educación. Citó a W.E.B. Dubois (un revolucionario afrodescendiente del Siglo XIX) que seguía esta noción y que decía que los afrodescendientes tenían que tener sus propios líderes del pensamiento y misioneros de la cultura que a su vez retribuyeran directamente a su comunidad. El escrito de Dubois, llamado *The Talented Tenth*, muestra que la educación de un grupo de élite de afrodescendientes, indígenas u otras comunidades puede generar un valor agregado a la comunidad al dotarla de poder de decisión, mando y representación. Así, el paternalismo característico y la intervención estatal con desconocimiento étnico y cultural pueden disminuir para dar paso a decisiones autónomas de estos grupos. Esa parte de la comunidad será ese diez por ciento talentoso o *the Talented Tenth*. Boxill cree que cada sociedad necesita de ese pedazo de la sociedad que funcione como su motor.

3.3. Recapitulación: el mérito no puede ser el único factor que garantice la justicia en el acceso a la educación superior. La necesidad de superar el argumento del merecimiento moral como fórmula de la justicia

El mérito no es el único factor que garantiza la justicia en la educación superior. El Estado a través de sus instituciones públicas de educación superior puede determinar otros criterios para acceder a la educación superior con el fin de lograr un propósito general de igualdad, lograr diversidad en la sociedad, remediar inequidades históricas o lograr la prestación de un servicio en un lugar determinado.

El mérito como único factor implica la reproducción de esquemas injustos por responder a criterios arbitrarios como la inteligencia, el lugar y clase donde se nació y las cualidades de disciplina y esfuerzo que se tengan. Tener esas cualidades genera merecimiento moral que es el que le niega a las acciones afirmativas y en

especial la discriminación inversa su desarrollo por considerar que acceder a una prerrogativa sin merecerlo es injusto. Las cualidades son en sí mismo arbitrarias como la raza y la etnia, pero las primeras son tomadas en cuenta mientras que las segundas. De ahí que deba superarse esta situación para lograr un acceso justo a la educación.

4. Sondeo

4.1. La situación de acciones afirmativas en la educación superior en Colombia

En este trabajo se hizo un sondeo de la existencia de acciones afirmativas en la educación superior con el fin de determinar su existencia, validez y adecuada aplicación. Para esto, se revisaron los programas más recientes de becas universitarias, se hizo una investigación en universidades privadas y públicas del país y se sacaron unas conclusiones.

4.2. El programa “ser pilo paga”

El más reciente programa de educación del ministerio de educación de Colombia se llama *Ser Pilo Paga* (Ministerio Educación, 2014). Es una figura que permite que personas de escasos recursos puedan acceder a la educación superior sin tener que pagar por ella y con una subvención para manutención de parte del Estado colombiano. Esta medida, que se puede catalogar como una acción afirmativas si se entienden como una beca y no un préstamo (El Espectador, Arango, R. 2015), no ha recibido críticas fuertes pero si han puesto sobre la mesa varios interrogantes sobre el derecho a la educación, la gratuidad del servicio y el mérito (El Espectador, Arango, R. 2015). A pesar de lo anterior, este sistema de becas no puede ser considerada como discriminación inversa porque no incluye criterios arbitrarios en la asignación de cupos, está basada en el mérito académico y no excluye a otros estudiantes del acceso a la educación.

Las becas no están incluidas como mecanismos de discriminación inversa sino como una acción afirmativa en la categoría de acciones de promoción. A pesar de que la beca *puede* incluir criterios arbitrarios (raza, sexo, género, etc.), hay dos cosas fundamentales que la diferencian de la discriminación inversa, entendida como otorgamiento de cupos o porcentajes de admisión: i) no excluye a otros estudiantes de cupos

disponibles y ii) toma el mérito académico como factor determinante a la hora de definir el acceso a la educación superior.

4.3. Consulta en 6 universidades de Colombia

Para indagar por la situación de las medidas afirmativas en la educación superior el 14 de abril de 2011 hice unas preguntas vía telefónica en cinco universidades del centro de Colombia (Andes, Externado, Javeriana, Nacional y Rosario) y una del occidente del país (Universidad del Cauca). De estas seis, dos son públicas.

4.3.1. Universidad de los Andes

En la Universidad de los Andes dijeron que el proceso de admisión tenía como único requisito la prueba de estado y casi que textualmente se dijo “pero no existe un determinante que si vengo de un pueblo indígena tenga algún peso sobre los otros.”

4.3.2. Universidad Externado de Colombia

En la Universidad Externado de Colombia en un primer momento dijeron que otorgaba medias becas a personas pertenecientes a minorías por un convenio con el ICETEX para dar 60 becas cada semestre. Como minoría tendría que hacer una entrevista para comprobar la condición. Dijeron que para estas inscripciones estaban copadas. Sólo que después dijeron que para acceder a ellas tenía que pasar el requisito del icfes y que las admisiones eran iguales para todos.

4.3.3. Pontificia Universidad Javeriana

En la Pontificia Universidad Javeriana dijeron que la admisión se hacía únicamente por el examen de Estado para determinar quiénes tenían los mejores porcentajes y después una entrevista si así lo requería la carrera.

4.3.4. Colegio de Nuestra Señora del Rosario

En la Universidad del Rosario dijeron que sí existía una beca para afro e indígenas. Dijo que no había “preferencias” y que por supuesto siguen los mismos requisitos de puntaje icfes y entrevista. Una vez que fueran admitidos podrían acceder a la beca.

4.3.5. Universidad Nacional

En la Universidad Nacional (sede Bogotá), dijeron que el 2% de cada carrera estaba reservada a comunidades indígenas y negras. La persona dijo que “compiten entre ellos” pero que deben cumplir con el mínimo puntaje del último admitido general de todas las carreras. Se preguntó si podía pasar que no se llenara todo ese 2% de los cupos y la persona dijo que sí.

Han existido dos acuerdos regulando el tema del acceso especial a comunidades indígenas en la Universidad Nacional. El primero de ellos es i) el acuerdo 22 de 1986 y el segundo es ii) el acuerdo 018 de 1999.

i) La Universidad Nacional emitió el acuerdo 22 en 1986 en donde se establecían disposiciones especiales para el acceso a las comunidades marginas. Después fue modificado. En ese acuerdo dijo “1o. Que existen en Colombia comunidades indígenas cuyos miembros necesitan oportunidades de realizar estudios superiores; 2o. Que el apoyo a las comunidades indígenas se puede hacer a través de formación de profesionales pertenecientes a los mencionados grupos; 3o. Que la Universidad debe facilitar el ingreso de estudiantes que cumplan los programas de formación profesional a que se refiere el considerando anterior” acordó que habrá un cupo equivalente al 2% de los cupos de cada carrera para que sean llenados por miembros de las comunidades indígenas.

Finalmente dijo “Parágrafo. Se considera, para los efectos del presente artículo, como puntaje mínimo el que obtenga el último aspirante admitido, distinto a los beneficiarios del presente acuerdo, en la carrera que requiere menor puntaje de admisión en toda la Universidad.”

Entonces el acuerdo estableció que los miembros de las comunidades indígenas podían acceder al cupo del 2% de la carrera si pasaban el puntaje de admisión de la carrera que pidiera menor puntaje.

Esto es una especie de acción afirmativa porque pudo haber hecho que personas que no hubieran podido entrar a una carrera de “puntaje alto” si lo hubieran hecho con su puntaje.

ii) Luego, hicieron el acuerdo 018 de 1999 que modificó el de 1986. Hizo dos modificaciones (i) La buena: incluyó que los miembros de comunidades indígenas que fueran aceptados con el programa fueran a prestar obligatoriamente sus servicios profesionales en las comunidades de origen por mínimo un año y luego condicionaba la exigencia del préstamo/beca a unos requisitos de tiempo. Si pasaba más de cuatro años se le condonaba toda la deuda. (ii) La mala: “Artículo 2. Para el ingreso de los miembros de las comunidades indígenas a la Universidad Nacional de Colombia el aspirante deberá obtener como mínimo en el respectivo examen de admisión un puntaje igual al mínimo obtenido por el último aspirante regular admitido en la Universidad en todas sus carreras para el período académico que se concurse.” Esto no es acción afirmativa por ningún lado. Tiene que obtener el mismo puntaje que el último admitido en la carrera. La única ventaja que se le puede ver es que él tendría un cupo “reservado” si llega a sacar el puntaje mínimo de cualquier carrera para no tener que competir con todos por el 98% restante.

4.3.6. Universidad del Cauca

En lo que hace referencia a la Universidad del Cauca en la página web dice que existen unos “casos especiales de ingreso”. Tienen unas cuotas que van así: (i) un cupo para personas que estudian en lugares donde no hay instituciones de educación superior, (ii) un cupo para personas que vengan de municipios de difícil acceso o

con problemas de orden público, (iii) un cupo para personas de San Andrés, (iv) un cupo para afrodescendientes de la costa pacífica caucana, v) un cupo para bachilleres indígenas del departamento del Cauca, (vi) un cupo para una persona proveniente de una zona marginada del Cauca (Universidad del Cauca, 2015). En el acuerdo 86 de 2008 en donde se modificó el reglamento estudiantil dice que “17. Los beneficiarios de los cupos especiales deberán acreditar como requisito de admisión un puntaje ponderado igual o superior al mínimo establecido para cada uno de los programas.” (Universidad del Cauca, 2015)

El acuerdo No. 086 de 2008 da las pautas indicadas arriba y las cuotas que se otorgan a las distintas comunidades.

El punto 17 es claro “17. Los beneficiarios de los cupos especiales deberán acreditar como requisito de admisión un puntaje ponderado igual o superior al mínimo establecido para cada uno de los programas”. Igual que en la Nacional; el único beneficio que otorgan es una guardada de cupo por si se acaban los de los que no son “especiales”. La única diferencia es que en la Nacional es por porcentaje y acá es por un cupo o cuota.

4.4. Recapitulación: las acciones afirmativas en las universidades (públicas y privadas) en Colombia

Del anterior estudio se sacan las siguientes conclusiones:

- i) las universidades privadas no tienen sistemas de acción afirmativa o discriminación inversa.
- ii) las universidades públicas si tienen algo parecido a una discriminación inversa, pero no del todo desarrollado como se mostrará más adelante.
- iii) hay una clara inclinación a tener en cuenta el merecimiento moral de los logros, reconociendo con cierto orgullo tener un sistema netamente objetivo. Decían que todos tenían un trato igual.
- iv) los programas de admisión confunden las preferencias raciales en las admisiones con las becas.

v) el único direccionamiento positivo hacia las minorías en las universidades privadas es el otorgamiento de becas.

En lo que hace referencias a las universidades públicas revisadas se puede establecer que en ambas hay un ropaje de discriminación inversa pero ninguna de las dos universidades puede darse crédito de realmente llevarlas a cabo.

Con lo que se tiene (y lo que se tuvo) el mecanismo ideal sería: i) usar el criterio del acuerdo 22 de 1986 de la Nacional sobre el uso del puntaje mínimo, ii) usar el criterio del acuerdo 018 de 1999 sobre la retribución que deberían hacer los indígenas y otros grupos a sus comunidades (esto con el fin de procurar la efectividad y existencia de un *Talented Tenth*) y iii) ampliar las acciones afirmativas a los criterios de minoría o grupo marginado que usa la Universidad del Cauca en su acuerdo 086 de 2008.

A pesar de esto, el mecanismo ideal sería; i) aquel en el que hubiera unos puntajes ni siquiera mínimos de entrada para admisión, es decir, que los grupos indígenas y afrodescendientes pudieran entrar con puntajes inferiores a los del mínimo exigido en las carreras que exigen el mínimo puntaje. Esto por toda la argumentación que se ha llevado a cabo durante todo el trabajo, ii) que los cupos fueran ampliados masivamente y no sólo que se garantizara el 2% o un solo cupo en las carreras. Como se tuvo oportunidad de ver, hubo momentos en EEUU donde se garantizó el 16% de la entrada a grupos minoritarios.

5. Conclusiones

Después de haber realizado este trabajo de revisión de los principales casos sobre acciones afirmativas en Colombia y en Estados Unidos, estudiar los argumentos sobre la justicia de dichas acciones y realizar un sondeo sobre la situación actual de las medidas afirmativas en la educación superior en Colombia, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

i) En Colombia falta un reconocimiento estatal y social de la discriminación. Su invisibilización ha perjudicado a los grupos marginados. Hay que dejar de diferenciar entre los afrodescendientes (a quienes no se les considera discriminados) y los indígenas (a quienes sí se les considera discriminados) en materia de discriminación. La falta de datos genera una indeterminación que lesiona los intereses de estos grupos marginados. Se tiene que dejar de lado la idea que recolectar datos sensibles a la raza es discriminatorio.

ii) El argumento que generalmente se ha usado en Colombia para defender las acciones afirmativas es el histórico. Es el que ha resultado más rentable y con el que se tiene menos problemas reputacionales. La evocación de las deudas históricas (a pesar de los problemas argumentativos que tiene) es válida en cuanto haya reconocimiento legal de la titularidad colectiva de los derechos. Enfrentar las deudas históricas implica hacer una introspección sobre qué es lo que se debe y por qué. Además, con este análisis se debe entender el origen del prejuicio y propender por su eliminación. En esto, las acciones afirmativas son fundamentales.

iii) El argumento del *talented tenth* es de los que menos ha tratado la jurisprudencia. Su desarrollo tampoco es muy rentable políticamente hablando porque parte del principio de la creación de una *intelligentsia* que nunca ha tenido muy buen recibo en Colombia, porque la idea que hay personas idóneas y determinadas para dirigir al país es una idea discutible porque implica catalogar y clasificar personas. Sin embargo, este grupo de personas educadas como el *talented tenth* puede generar el empoderamiento de los grupos marginados y su auto regulación.

iv) El argumento que rebate el mérito es un argumento que a pesar que se ha tratado en Colombia, le ha faltado profundidad. El mérito es el pilar fundamental de las economías de capital y del acceso a instituciones de educación superior porque presupone un criterio objetivo. Como se vio, depende de un factor (la inteligencia, la disciplina, etc.) tan o igual de arbitrario que la raza por lo que no se puede excluir del análisis de entrada a la universidad. Rebatir y cuestionar el mérito y el merecimiento moral de forma filosófica y política es indispensable para poder darle legitimidad a la acción afirmativa y a la discriminación inversa en particular, con el fin que los grupos marginados afrodescendientes e indígenas tengan acceso a la educación superior para que puedan acceder con más facilidad a una vida digna o una parte de ella.

v) El argumento de la finalidad de la educación es un tema que también se ha tratado sin mucha claridad. Este argumento explica que la educación no sólo está para premiar el mérito sino que también puede existir en la medida en que cumpla una finalidad. Esta finalidad, la de permitir el acceso a la educación a grupos marginados para hacer que las comunidades se integren (en un ámbito pluricultural) y vivan dignamente, es perfectamente justificable, comprensible, útil, necesaria y conducente en un país con prejuicios y diferencias sociales tan marcadas como el colombiano.

vi) La sociedad colombiana y las universidades conciben el criterio del mérito como único parámetro para entrar a la educación superior y esto es injusto. Este sistema reproduce la desigualdad que la historia ha generado. Las universidades privadas en particular tienen al mérito como postulado fundamental porque es más rentable tener gente con más capacidades naturales y apreciadas en la sociedad actual que tener unas que aparentemente y con base en un examen estandarizado no respondan a ese interés. Esto en principio no está mal, pero tiene que estar matizado en un país con fuertes diferencias sociales. De ahí que la labor de hacer efectiva la discriminación inversa le competa casi que principalmente a la educación pública. La discriminación inversa y el mérito pueden coexistir y florecer juntos. De ahí que la mezcla de la medida genere diversidad, respeto e inclusión en las aulas y en el mercado laboral a futuro.

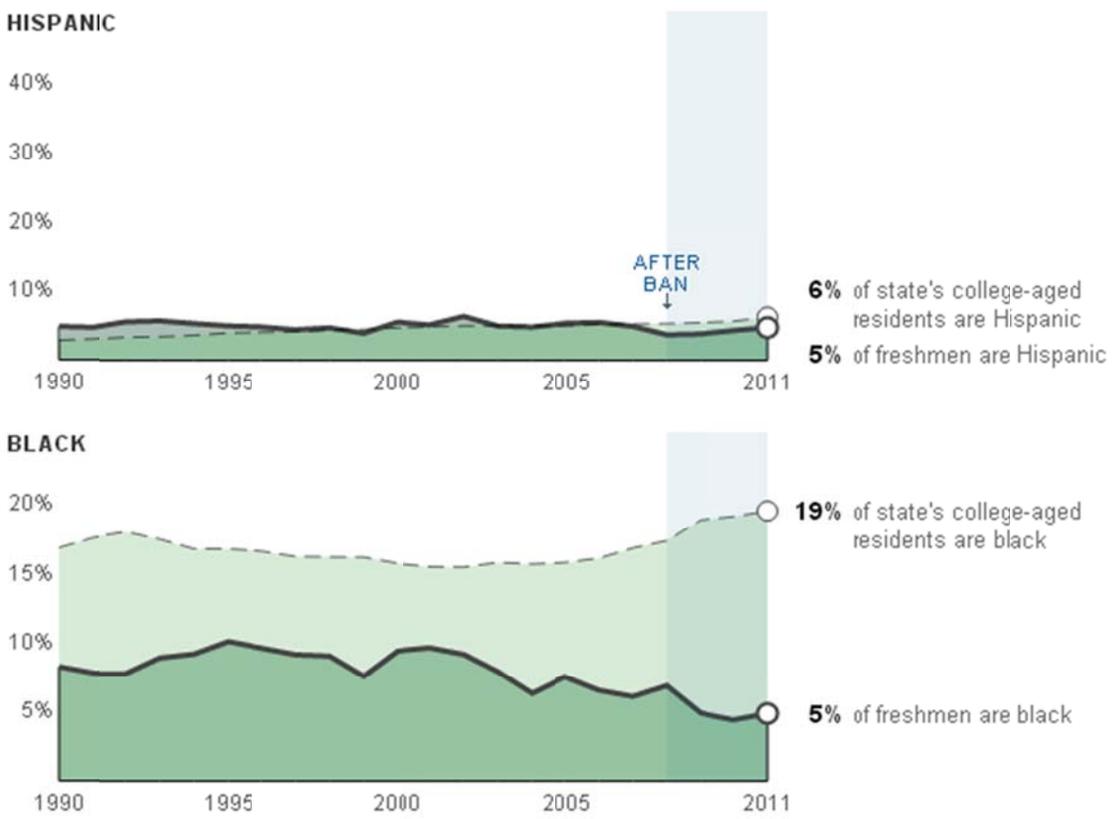
v) Las universidades y el Estado entienden que el título que se le otorga a alguien es un premio. Es un premio a su esfuerzo, mérito, etc. Como se vio, la educación no debe ser un premio a los más capaces y puede responder a otras finalidades trazadas por el Estado. La educación es un derecho al que tienen todos los colombianos y al que se debe poder acceder con independencia de aquellas capacidades que más precia la sociedad como la inteligencia, el esfuerzo y la disciplina.

vi) Las universidades que tienen programas de discriminación inversa no las han sabido estructurar. El mérito y el merecimiento moral siguen gravitando alrededor de estos programas. Hay una tendencia a entender que la educación no se regala, porque precisamente parte del supuesto que es un bien y un privilegio al que sólo pocos pueden acceder. Cambiar de parecer y sensibilizar los programas de acceso a las universidades puede ser la solución para lograr una sociedad más justa.

vii) Finalmente, debe haber una discusión política, filosófica y jurídica en la sociedad colombiana en donde se pueda hacer introspección y análisis sobre la situación de desigualdad crónica que padece la sociedad colombiana y los grupos que la misma ha marginado. El ascenso social y la prosperidad económica no se les pueden seguir a estas comunidades marginadas bajo la premisa que no han hecho nada para merecerlo. Remediar esa desigualdad, tanto de acceso como de ejecución a la educación superior, es un imperativo para dejar de negar esa igualdad material de la que habla la Constitución.

6. Anexos

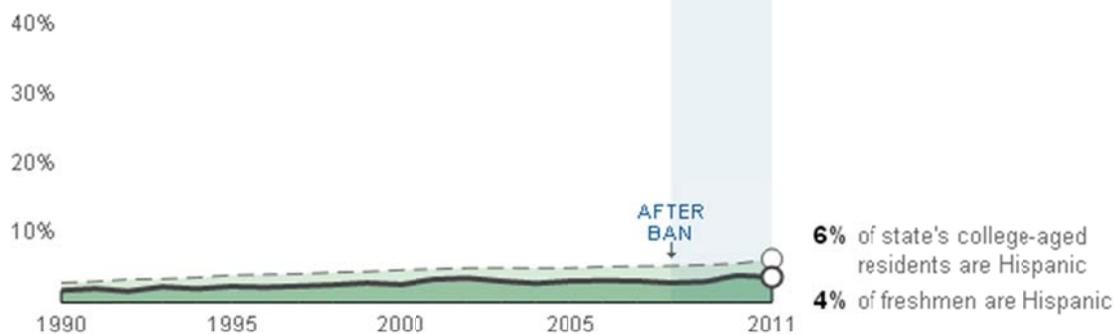
University of Michigan



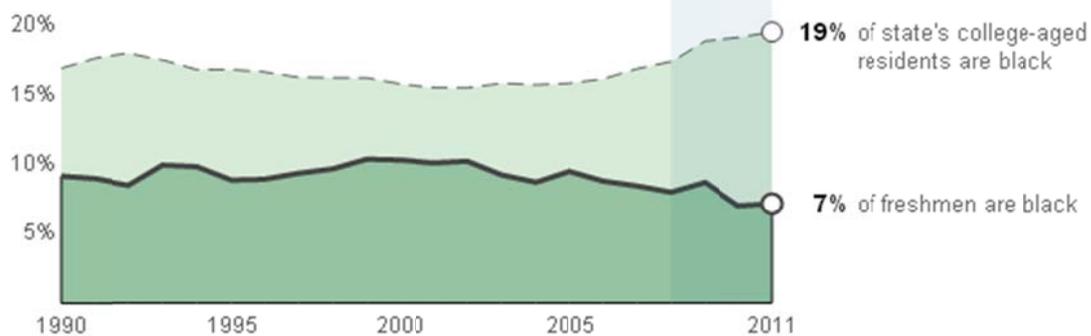
(ANEXO 5) (The New York Times, marzo 2015)

Michigan State

HISPANIC



BLACK



(ANEXO 6) (The New York Times, marzo 2015)

7. Bibliografía

Periódicos

Arango, R. (2015, 8 de febrero). Educación superior: derecho o bien. *Periódico El Espectador*.

Arango, R. (2015, 25 de enero). Préstamos educativos: dulce envenenado. *Periódico El Espectador*.

Drier, P., Kahlenberg, R. (2014, 12 de septiembre). Making Top Colleges less Aristocratic and More Meritocratic. *The New York Times*.

Dworkin, R. (1991, 13 de abril) .Race and the uses of law. *The New York Times*.

Stille, A. (2014, 11 de julio). Can the French Talk About Race? Semanario. *The New Yorker*.

Páginas Oficiales

Ministerio Educación [MinEducacion]. (2014) '*Ser pilo paga*', 10.926 solicitudes recibió el programa que llevará a los mejores bachilleres a las mejores Instituciones de Educación. Recuperado:
Superior.<http://www.mineduacion.gov.co/cvn/1665/w3-article-347856.html>

Universidad del Cauca (2015) *Documentos Públicos*. Recuperado:
<http://portal.unicauca.edu.co/versionP/documentos/actas/acuerdo-no-086-de-2008>

Libros

Boxill, B. (2003). *Affirmative action in higher education. En A companion to the philosophy of education*. Editado por Randall Curren.

Dworkin, R. (1992). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Dworkin R. (2002.) *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.

García Añón, J. (1991). *El Principio de Igualdad y las Políticas de Acción Afirmativa*. Valencia: Univ. De Valencia.

Nozick, R. (1998). *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sandel, M. (2013). *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*. Bogotá, Colombia: Random House Mondadori SAS.

Sentencias

Colombia, Corte Constitucional (2000, 29 de marzo). Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente P.E. 010.

Colombia, Corte Constitucional (2006, 16 de agosto). Sentencia C-667 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería. Expediente D-6152.

Colombia, Corte Constitucional (2000, 9 de febrero). Sentencia C-112 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-2477.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 27 de noviembre). Sentencia C-622/97. M.P. Hernando Herrera Vergara. Expediente D-1710.

Colombia, Corte Constitucional (2002, 2 de agosto). Sentencia T-610/02. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-583474 y T-586912.

Colombia, Corte Constitucional (1994, 15 de septiembre). Sentencia C-410/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-517.

Colombia, Corte Constitucional (2003, 23 de julio). Sentencia T-602/03. M.P. Jaime Araújo Rentería. Expediente T-698846.

Colombia, Corte Constitucional (2003, 4 de marzo). Sentencia C-184/03. M.P. Manuel José Cepeda. Expediente D-4218.

Colombia, Corte Constitucional (2005, 13 de octubre). Sentencia T-1031 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1127066.

Colombia, Corte Constitucional (2005, 13 de abril). Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas. Expedientes T-901538 y otros.

Colombia, Corte Constitucional (2001, 11 de diciembre). Sentencia T-1340 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-325.642.

Colombia, Corte Constitucional (2008, 10 de julio). Sentencia T-703 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda. Expediente T-1859165.

Colombia, Corte Constitucional (2010, 16 de febrero). Sentencia T-110/10. M.P. María Victoria Calle, Expediente T-2360326.