

The writ of protection:
antiracial chargeability in the
higher education

La acción de tutela:
exigibilidad antirracial
en educación superior*

Fecha de recepción: Noviembre 30 de 2009

Fecha de aceptación: Diciembre 15 de 2009

Diana M. Carrillo González **
Santiago Patarroyo Rengifo ***

RESUMEN

Actualmente la acción de tutela es considerada como un mecanismo idóneo de exigibilidad de derechos de la sociedad civil frente al Estado colombiano. Esta herramienta no solo es el medio por el cual la población puede defenderse de las constantes vulneraciones de Derechos Humanos por autoridades públicas o personas en posiciones de poder, sino también se manifiesta como un instrumento que reviste de herramientas a la sociedad civil para que demande al Estado los derechos que históricamente le han sido negados o transgredidos, por ejemplo el derecho social fundamental a la educación, especialmente de comunidades afrocolombianas sin acceso a la educación superior.

ABSTRACT

Currently the *acción de tutela* is considered an appropriate mechanism for claiming rights of civil society against the Colombian state. This tool is not only the means by which people can defend themselves against the constant violations of human rights by public authorities or persons who hold positions of power, but also manifests itself as a tool for civil society to reclaim from the State the rights historically denied and / or violated, such as the fundamental social right to education, especially from afrocolombian communities without access to higher education.

* En primer lugar queremos agradecer al Colectivo Ceuna (Colectivo de Estudiantes Universitari@s Afrocolombian@s) por sus aportes para poder escribir este texto; sería imposible rememorar aquí las diversas charlas que sostuvimos con miembros del grupo y cuyas ideas de alguna forma integran el presente documento. Igualmente queremos agradecer el apoyo incondicional del profesor Farid Samir Benavides Vanegas, investigador del Campus per la Pau de la Universitat Oberta de Catalunya, y de la profesora Juliana Flórez de la Universidad Javeriana por su paciencia y dedicación en las acertadas observaciones y sugerencias que realizaron para la culminación de este trabajo.

** Abogada especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Integrante del Colectivo de Estudios Poscoloniales/Decoloniales en América Latina, Grupo Copal, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. Contacto: dicargo@gmail.com

*** Abogado, (c) maestría en Filosofía Latinoamericana. Integrante del Colectivo de Estudios Poscoloniales/Decoloniales en América Latina, Grupo Copal, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. Contacto: santiagonuevo@gmail.com

Palabras clave
Derecho Social Fundamental
a la Educación, Acción de
Tutela, Acciones Afirmativas,
Empoderamiento, Etnoeducación.

Key words
Fundamental Social Right to
Education, *Acción de Tutela*,
Affirmative Action, Empowerment,
Ethnic Education.

“Toda nación será infeliz en tanto no eduque a sus hijos. Un pueblo de hombres educados será siempre un pueblo de hombres libres. La educación es el único medio de salvarse de la esclavitud.

Tan repugnante es un pueblo que es esclavo de otros hombres de otro pueblo, como esclavo de hombres de sí mismo”.

José Martí

LA CAPACIDAD DE EMPODERAMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Actualmente la acción de tutela es considerada como un mecanismo idóneo de exigibilidad de derechos de la sociedad civil frente al Estado colombiano. Esta herramienta no solo es el medio por el cual la población puede defenderse de las constantes vulneraciones de derechos fundamentales por autoridades públicas o personas en posiciones de poder, sino también se manifiesta como un instrumento que reviste de herramientas a la sociedad civil para que demande al Estado los derechos que históricamente le han sido negados o transgredidos.

En ese sentido, comúnmente, la Corte Constitucional se percibe como una institución que media y traduce las exigencias de la sociedad civil frente al Estado¹; razón por la cual es fundamental la actitud que adopta la institución para acercarse o alejarse de las demandas de la comunidad. De ahí que es importante medir el nivel de activismo judicial de la Corte y las posibilidades de desafiar, mediante fallos eminentemente jurídico-políticos, posiciones discriminatorias históricamente arraigadas en la ‘nación colombiana’².

- 1 En ese sentido, “el tribunal [Corte Constitucional] ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos. La labor de la Corte ha sido entonces no solo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado, sino que en cierta forma ha sorprendido a la sociedad colombiana, por su orientación progresista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, pero que ven en las decisiones de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos” (García & Uprimny, 2004, p. 463).
- 2 No pretendemos afirmar que la ‘nación colombiana’ se entienda como un conjunto unitario y homogéneo de particularidades, es decir, como un conjunto de personas que se reúnen en la diferencia para construir un proyecto con un futuro y medios comunes; al contrario, pretendemos que se identifique con

Algunos autores, como Mauricio García y Rodrigo Uprimny (2004), advierten la capacidad de ‘empoderamiento’ que alcanzan sectores sociales mediante los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional en función del Estado Social de Derecho. Incluso llegan a afirmar que la acción constitucional es un medio emancipatorio de la sociedad civil mediante el cual logra materializar sus demandas como grupo. Lo anterior se funda en distintos análisis jurisprudenciales que muestran que el activismo político de algunos sectores sociales en Colombia logró impulsar y legitimar la posición de la Corte Constitucional frente a fallos de tutela de gran impacto para la cultura jurídica y política nacional; así, los autores logran afirmar que el activismo de los grupos sociales, de alguna manera, legitimó el papel de la Corte Constitucional como creadora de derechos y como agente del cambio social³.

Si pensamos que estas tesis tienen cabida fáctica, entonces podemos afirmar que los derechos sociales fundamentales⁴ –que parecen estar escritos en el

una pluralidad de grupos, personas, colectividades, etc., que conviven a pesar de las diferentes concepciones y aprehensiones de la realidad.

- 3 Para los autores es ilustrativo este fenómeno con el ejercicio jurídico llevado a cabo por movimientos sociales indígenas, sindicales, homosexuales y deudores del sistema Upac que, mediante una avalancha de tutelas, han presionado a la Corte Constitucional para que emprenda un ejercicio de activismo judicial al momento de proferir sus sentencias. Recordemos decisiones como la tutela 886 de 2006, mediante la cual se suspendieron las actividades llevadas a cabo por Ecopetrol en el proyecto Pozo Álamo I, dentro del territorio del pueblo indígena Motilón Barí, ubicado en el Norte de Santander, por no llevar a cabo la correspondiente consulta previa a la comunidad antes de iniciar la perforación decretada por el gobierno.
- 4 *Derecho social fundamental: “Una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona”* (Arango, 2005, p. 346). Rodolfo Arango extrae este concepto de una recreación

papel, pero no en los planes y presupuesto gubernamentales— pueden hacerse exigibles por los diversos sectores sociales mediante la acción de tutela, como una fórmula inmediata para exigir del Estado la materialización de dichos derechos⁵, cuya omisión requiere urgentes e inminentes acciones institucionales.

Frente a la omisión estatal en derechos sociales, basta recordar la preocupación expresada por algunas organizaciones afrocolombianas que evidencian un índice crítico de sus integrantes en las instituciones de educación superior⁶, a pesar de la existencia de mandatos constitucionales, sentencias de la Corte Constitucional, leyes vigentes y recomendaciones de organismos internacionales que exigen acciones afirmativas de las directivas de los programas educativos, dirigidas a permitir el acceso y la permanencia en la educación superior de la población afrocolombiana.

De ahí que, frente a la realidad del derecho a la educación de la población afrodescendiente —problemática que merece una exploración dado el carácter urgente de su eficacia y su visibilización frente al escenario jurídico-político—, nos parece necesario evaluar la capacidad de la acción de tutela como mecanismo viable para promover cuotas afrocolombianas en las

universidades públicas de Colombia, en concordancia con las tesis expuestas anteriormente.

Nuestra hipótesis es que la acción de tutela puede permitir el acceso de afrocolombianos a la educación superior bajo parámetros especiales de cuyo cumplimiento pueda inferirse la existencia de una flagrante vulneración del derecho a la igualdad y a la educación. Lo anterior, con el objeto de prevenir la discriminación de un sector de la población y hacer efectivas las acciones afirmativas consagradas en la Constitución. Igualmente, sostenemos que el mecanismo constitucional puede estar respaldado íntegramente por la comunidad afrocolombiana afectada desde el momento en que se niegue el acceso a la educación de alguno de sus integrantes por factores de raza, mediante un ejercicio de exigibilidad política a través de herramientas eminentemente jurídicas.

Cabe señalar, igualmente, que la lucha por la materialización de los derechos fundamentales no debe agotarse en una apuesta jurídica, sino abarcar, de manera paralela, diferentes herramientas políticas y sociales, en especial cuando se trata de instituciones. Esto daría mayor legitimidad y fortaleza al objeto que se desea alcanzar y haría más visibles las falencias del aparato estatal.

Queremos señalar que este planteamiento puede tornarse problemático en la medida en que, si bien la Corte Constitucional avala que las organizaciones afrocolombianas actúen como una comunidad política y social, continúa emitiendo fallos con efectos individuales —no extensivos a los otros miembros a menos que estos también acudan al mecanismo constitucional—, desarticulando la demanda cuando el objeto de discusión jurídica se centre en la protección de los derechos colectivos de la comunidad; es decir, un individuo puede ser favorecido por el mecanismo, pero este no es extensivo cuando en conjunto se pretenda hacer efectivo el derecho de manera abstracta para el colectivo. Así, la Corte Constitucional establece que la protección mediante la acción de tutela, cuando se vulnera el derecho a la igualdad y a la educación de la población afrocolombiana, requiere la presencia de requisitos establecidos jurisprudencialmente, como el carácter individual de la acción, o de lo contrario la tutela se declarará improcedente. Frente a lo anterior, es importante señalar la contradicción —propia del multiculturalismo liberal reflejado en la Constitución Política de 1991— a la que se enfrentan los afrocolombianos como una comunidad o colectivo

iusfilosófica del concepto de urgencia de John Rawls, la intuición del reconocimiento de los derechos sociales en los textos constitucionales de Frank Michelman, de teorías discursivas sobre los derechos y la superación de las brechas dejadas por Robert Alexy al definir el derecho fundamental.

5. Esta hipótesis pretende contrariar la propuesta de Rodolfo Arango (2005) mediante la cual se niega la posibilidad de asociar los derechos sociales fundamentales con propuestas colectivas y políticas, teniendo en cuenta dos argumentos. Primero, en Colombia existen grupos sociales que se construyen como colectividades, herencia que proviene de una larga tradición ancestral que sobrepone a la colectividad sobre el individuo; de ahí que se hayan reconocido derechos sociales a colectivos cuando estos ven vulnerados sus derechos fundamentales. Segundo, el hecho que sea un colectivo el que reivindique el derecho social no le resta el carácter urgente y necesario del derecho; al contrario, establece que la vulneración al derecho es de tal magnitud que recae sobre diversos ciudadanos que se ven afectados inminentemente.
6. Frente a este punto resulta interesante observar el trabajo adelantado por el Colectivo Ceuna, quienes han realizado una serie de investigaciones mediante las cuales muestran la precaria situación de la población afrodescendiente en instituciones de educación superior. El colectivo trabajó durante dos años con las directivas de la Universidad Nacional de Colombia para establecer una política educativa que superara la situación; no obstante, mediante Acuerdo 013 de 24 de junio de 2009 del Consejo Superior Universitario, “por el cual se crea el programa de admisión especial a mejores bachilleres de población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal”, la Universidad estableció una política educativa que no reflejó los debates sostenidos con las comunidades afro. Al respecto, ver el comunicado emitido por el colectivo: http://groups.google.com.co/group/red-elegua/browse_thread/thread/7e19c90889e0062b?pli=1, consultado en abril de 2010.

y la protección de sus derechos, no como conjunto, sino como sujetos de derechos individuales.

Pero ello no debe verse como un obstáculo para articular la propuesta a nivel jurídico; al contrario, se debe entender como un reto frente al cual la individualidad se concentre y permita evidenciar la colectividad⁷. Por ello, la acción colectiva no es viable en una única demanda de tutela, pero se convierte en un mecanismo idóneo cuando de la individualidad puede observarse la discriminación al colectivo; así, en contraste con la tesis expuesta anteriormente, puede concluirse que mediante acciones individuales es posible visibilizar la situación de discriminación que viven los afrocolombianos en una instancia de derecho que se caracteriza por su figura social.

No obstante, para generar una propuesta concreta frente a la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, específicamente de la educación de las comunidades afrocolombianas, es necesario entender que el ejercicio actual de la acción de tutela no se ha consolidado como una posibilidad de empoderamiento ni emancipación de las comunidades afrocolombianas; incluso se podría afirmar que las 'reivindicaciones' obtenidas por medio de este mecanismo han fragmentado la demanda del movimiento frente al Estado, en la medida en que no existe una articulación colectiva entre la posición jurídica y política, capaz de visibilizar al movimiento, por un lado, y por otro, la exigibilidad de sus derechos frente al Estado.

Por tanto, la interpretación hecha por la Corte Constitucional sobre este punto, hace caso omiso de las pretensiones políticas y sociales del movimiento como sujeto comunitario, razón por la cual continúa profiriendo sentencias de carácter individual, sin que estas se constituyan en una herramienta para la materialización de los derechos fundamentales del colectivo. Así, se tiende a pasar por alto el hecho que la tutela es un mecanismo de presión política que de manera colectiva y sistemática puede penetrar las discusiones y presentar abiertamente la problemática de discriminación en educación superior y la urgencia de superar la problemática. En este sentido especifi-

7 Para ello basta observar la sentencia unificada 813 de 2007, en la cual un número importante de ciudadanos, a título personal, acudieron a la instancia constitucional para exigir la efectividad de la reliquidación de los créditos hipotecarios generados por la desestabilización financiera de la unidad de poder adquisitivo constante (Upac); este hecho generó que la Corte Constitucional agrupara los casos en una única sentencia hito que permitió proteger los derechos fundamentales de varias personas, a pesar de que los mismos se formularon inicialmente de manera individual.

co, la tutela se caracteriza como un medio de exigibilidad que ha sido poco atendido por los movimientos afrocolombianos, a pesar de tener bases interesantes con las cuales pueden emprender el camino y que trataremos de esbozar en este artículo.

Igualmente, señalamos la acción de tutela como una forma de exponer, ante las instituciones, la crudeza de la situación y la *urgencia* de hacer efectivas normas de carácter general que promuevan derechos de una población históricamente vulnerada, a la cual se le reafirma diariamente su discriminación e invisibilización, sin que exista preocupación estatal para superarlas.

Tomando lo anterior, en primer lugar expondremos la importancia de los derechos sociales, especialmente en el área de educación, dentro de un Estado Social de Derecho; la aplicación de acciones afirmativas para el desarrollo y ejecución de derechos fundamentales mediante derechos sociales; la importancia de las acciones afirmativas en el ámbito de la educación superior; la concepción del derecho a la educación desde la disponibilidad, accesibilidad, permanencia y adaptabilidad; y las posibilidades que ofrece un sistema constitucional para exigir la materialización de los derechos de las comunidades.

LA EDUCACIÓN EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO: DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL

Resulta imperante establecer una posición de cara al dilema al que nos enfrentamos cuando sostenemos que existe una necesidad por parte del Estado de proteger y garantizar el acceso a la educación superior de comunidades afrocolombianas mediante la acción de tutela. Existe un fuerte debate sobre el carácter fundamental del derecho a la educación. Internacionalmente se ha concluido que este es un derecho humano; incluso Colombia se ha aventurado en la adopción de dicha tesis⁸, pero con limitaciones frente a su exigibilidad⁹ y aplicaciones con respecto al bloque de constitucionalidad.

8 Ver las sentencias T-016-07, T-1177-08, T-1182-08, T-899-08, T-1103-08 y T-533-09.

9 En sentencia T-533 de 2009 la Corte Constitucional limita el papel por argumentos de tipo económico: "Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra –muy distinta– la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela. Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales –sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales–, como el derecho a la educación, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos".

Según el desarrollo constitucional y lo dispuesto por la Carta Política, básicamente, la educación, si bien es catalogada como un derecho social fundamental, no es objeto de protección por el mecanismo constitucional¹⁰, debido al carácter concreto de la acción de tutela y la abstracción del derecho a la educación. De ahí que la Corte Constitucional suponga que la protección de dicho derecho se debe medir mediante la adopción de

“políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan” (sentencia T-533 de 2009).

Solo procederá la acción de tutela cuando las políticas adoptadas no sean eficaces en casos específicos en los cuales el juez constitucional pueda evidenciar claramente la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la Corte Constitucional pretende proteger el derecho social fundamental.

Resulta interesante que el reconocimiento del derecho a la educación como fundamental quede desprovisto de mecanismos idóneos de protección y se traslade su responsabilidad a las mismas figuras institucionales que lo poseían cuando era un derecho meramente programático; en pocas palabras, el ascenso del derecho a la educación como fundamental no trasciende la problemática identificada desde que era programático, es decir, a la espera de políticas públicas legislativas y gubernamentales. Así, este reconocimiento jurídico se constituye como un placebo a las exigencias de corte internacional¹¹ que buscaban

fortalecer el vacío que la negación de la *fundamentalidad* de los derechos sociales producía –a tal punto que el juez que resuelva conceder una tutela por el derecho a la educación debe sustentar su decisión en las reglas establecidas por la Corte Constitucional, es decir, su procedencia es de tipo excepcional–¹². Nótese que el cambio es más nominal que sustancial.

Pero, si observamos la *urgencia* y *necesidad* de la protección al derecho de la educación, podría extenderse, sin titubear, el mecanismo constitucional como fuente de protección frente a la vulneración en materia de educación.

No obstante, el conflicto que nos atañe está además atado a una característica especial que no puede ser ignorada: si entendemos las variables específicas del problema que nos preocupa, podemos proporcionar una respuesta más cercana al problema jurídico planteado; así, si dejamos de lado el objeto, y nos concentramos en el sujeto que exige la protección, el ejercicio interpretativo puede acercarnos a una respuesta más satisfactoria. En esa medida, debemos examinar, no el derecho a la educación como un derecho social fundamental que no es efectivo, sino la vulneración de un derecho social fundamental de un sector de la sociedad civil históricamente discriminado por factores de raza, es decir, la vulneración del derecho a la igualdad de la población afrocolombiana, la cual no goza de las mismas condiciones educativas que la población mayoritaria, siendo difícil, si no imposible, el acceso a la educación superior. Lo anterior se aúna a la inexistencia de políticas públicas eficaces que materialicen el derecho a la igualdad de la población discriminada, al no colmar una necesidad básica de los ciudadanos.

La posibilidad de acceder a la educación, en términos del Foro Mundial sobre Educación (FMSE) que se llevó a cabo en Dakar, en 2000, concluyó que: “la educación es un elemento clave del desarrollo sostenible y de la paz y estabilidad en cada país y entre las nacio-

10 En el sistema moderno los derechos son clasificados en: fundamentales, económicos, sociales y culturales, y colectivos y del ambiente. Dicha clasificación deviene del objeto de protección y su cercanía con la esfera íntima del sujeto; por tanto, si se protege el entorno, este se clasifica en derechos colectivos y del ambiente, pero si se protege un valor cercano al sujeto, como la honra, este se clasifica como fundamental. Rodolfo Arango describirá la definición de Robert Alexy sobre los derechos sociales fundamentales como “derechos a prestaciones en sentido estrecho, es decir como ‘derechos individuales frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo de particulares’ (...) Los derechos de prestación en sentido estricto son derechos de acciones positivas fácticas del Estado” (Arango, 2005, p. 37).

11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en adelante Pacto de San

Salvador– (artículo 13) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 28), entre otros.

12 “La verificación de la mencionada omisión, en el caso del derecho a la educación, debe tener en cuenta el *momento* y la *forma* en que el Estado Colombiano debe cumplir con sus compromisos en la materia según la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. Como se verá, tales normas distinguen entre las obligaciones de cumplimiento *inmediato* y las de cumplimiento *progresivo* y atribuyen compromisos *prioritarios* en torno a la obligatoriedad de la educación básica de los niños y las niñas y la gratuidad de la educación primaria”. (Corte Constitucional Sentencia T-533 de 2009).

nes, y, por consiguiente, un medio indispensable para participar en los sistemas sociales y económicos del siglo XXI, afectados por una rápida mundialización”; esta tesis obliga a afirmar que la educación no solo es un derecho social, sino un derecho fundamental de gran importancia para el desarrollo de otros derechos fundamentales de los individuos.

Por otro lado, en materia de educación superior se ha demostrado que existen diferentes variables que llevan a que la población afrocolombiana tenga una fuerte problemática al momento de acceder a un cupo universitario y culminar las carreras a las que sus integrantes se postulan, cuando logran acceder a las mismas¹³. Entre estas variables encontramos las consecuencias del conflicto sobre las minorías étnicas colombianas, las condiciones de pobreza a la cual están sometidos¹⁴, así como la precariedad de la educación primaria y secundaria que se dicta en zonas rurales, especialmente donde se asientan gran número de afrocolombianos¹⁵; hecho que imposibilita una competencia en condiciones justas frente a otros aspirantes de zonas urbanas con mayores recursos educativos; así mismo, la carencia de programas viables de acceso a la educación en algunas universidades hace difícil el ingreso como la posibilidad de terminar la carrera, por escasez de recursos económicos o programas de bienestar estudiantil que garanticen la permanencia en el establecimiento educativo, por

mencionar las más comunes¹⁶. Es más, en su momento la Corte Constitucional estableció:

“El artículo 67 de la Constitución impone al Estado el deber de ofrecer y garantizar el acceso y permanencia en el sistema educativo, pero además no pueden existir limitaciones discriminatorias que imposibiliten a las personas el acceso al conocimiento. *Las únicas limitaciones aceptables serán aquellas por razones de técnica académica y metodología del aprendizaje influyan de manera positiva, para que los educandos aprovechen y se beneficien al máximo del proceso de formación intelectual*”. Sentencia T-612 de 2006. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Dichas limitaciones obedecían a sistemas educativos de determinados parámetros científicos que pueden alejarse sustancialmente de procesos de formación etnoeducativa de poblaciones étnicas.

Por tanto, es evidente que existen condiciones de debilidad manifiesta para el acceso a la educación de la población afrocolombiana, hecho que permite inferir que la protección efectiva del Estado debe concentrarse en el derecho a la igualdad¹⁷; dicho fenómeno puede ser utilizado junto con las tesis expuestas por la Corte Constitucional en distintas sentencias respecto de la implementación de las acciones afirmativas, así¹⁸:

“Del artículo 13 constitucional se despenden (sic) tanto un mandato de trato paritario como uno de trato diferenciado. El segundo implica una especial protección y promoción de sectores que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Los especiales tratos mencionados se concretan en acciones

13 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes investigaciones: Rangel, M. (2008). Educación universitaria en Brasil. Desigualdades y políticas de acción afirmativa para su combate. *África e Africanidades*, año I, No. 1. Friedemann, N. & Arocha, J. (1986). *De sol a sol: génesis, transformación y presencia de los negros en Colombia*. Bogotá: Planeta. Mosquera-Labbé, C. P. y Barcelos, L. C. (editores). (2006). *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*, pp. 523-550. Serie Estudios Afrocolombianos. Bogotá: CES, Universidad Nacional de Colombia.

14 “La Comisión ha observado que los afro-colombianos y los pueblos indígenas tienen el ingreso per cápita más bajo de todos los grupos” y que el “terror y la violencia, practicados por todas las fuerzas extremas de Colombia, han tomado sus más grandes consecuencias sobre los colombianos que viven en la extrema pobreza –un número desproporcionado de ellos son ciudadanos negros”. Ver el informe completo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la preparación de indicadores de progreso en el área de los derechos económicos, sociales, y culturales*, OEA/Ser/LN/II.129 (Doc. 5), at 30-32 (Oct. 5, 2007).

15 “(...) la pobreza extrema obliga a muchos padres a elegir entre la escuela y la comida. Los padres también se quejan de que las escuelas no cuentan con espacio apropiado, escritorios, libros y profesores para satisfacer las necesidades educativas de sus niños. Por otra parte, los pagos de la matrícula y costos adicionales para el transporte, uniformes escolares y libros, son inaccesibles para la mayoría de las familias desplazadas. Entre 2003 y 2004, más de 520.000 niños colombianos dejaron la escuela por varias razones, pero las razones económicas fueron las primeras en la lista” (Kalra, 2009, p. 69).

16 Al respecto puede consultarse el informe presentado por el Centro de Derechos Humanos Robert F. Kennedy en 2009.

17 La falta de igualdad en la educación para las poblaciones afrocolombiana e indígena se puede ver a través de los indicadores de resultados. Por ejemplo, el 33,4% de la población indígena y el 31,3% de los afro-colombianos de Colombia son analfabetos, lo que equivale a casi tres veces el porcentaje de analfabetos en el resto de la población. Además, solo el 18% de la población indígena y el 13% de los afrocolombianos mayores de dieciocho años han completado la educación primaria. Tanto los afrocolombianos como las poblaciones indígenas constituyen una minoría importante en Colombia –el 25% de la población de Colombia es afrocolombiana y el 2% consiste en pueblos indígenas. A pesar de ello, en los niveles de posgrado, solo el 0,71% de los estudiantes matriculados son indígenas y el 7,07% son afrocolombianos (Kalra, 2009, p. 62).

18 Véase también C-112-02 sobre igualdad real y efectiva y la sentencia T-500-02 sobre juicio estricto de igualdad.

afirmativas. Si bien tales tratos recurren a categorías sospechosas para otorgar el trato, tal apelación es válida por su finalidad compensadora". Sentencia T-375 de 2006. M. P. Marco Gerardo Monroy.

Un análisis más detallado de esta problemática podría concluir que la discriminación racial históricamente arraigada en la población colombiana no ha podido superarse, es más, ha sido ignorada y por lo mismo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos continúa siendo formal y presupone la carencia de mecanismos suficientes para su materialización¹⁹. Bajo ese lente, entender el fenómeno del acceso a la educación superior de la población afrocolombiana implica reconocer la invisibilización e ineficacia de políticas viables para concretar el derecho a la igualdad, un derecho fundamental y principio constitucional. En este sentido, la ineficacia de las políticas públicas para que la población vulnerada ingrese a la educación superior no debe interpretarse desde el carácter programático –ahora prestacional– propio de los derechos sociales fundamentales –como lo afirma la Corte Constitucional, motivo por el cual el cambio jurisprudencial obedecería a un carácter de tipo nominal–, sino desde una perspectiva que acepte la violación histórica de un derecho fundamental que no ha sido superada y que acarrea un “perjuicio irremediable”²⁰ –permitiendo la procedibilidad de la tutela– en las posibilidades de educación y acceso laboral de la población vulnerada²¹. Si bien la propuesta jurídica no supera la situación a nivel general,

debido a sus limitaciones, permite que en los casos de máxima indefensión y vulneración de la población afrocolombiana se supere y se visibilice, jurídicamente, la problemática.

Frente a este punto cabe rescatar la sentencia T-025 de 2004, mediante la cual la Corte Constitucional evidenció la cruda problemática de la población desplazada –a pesar de la política pública consignada en la Ley 387 de 1997– y declaró el Estado de cosas inconstitucionales. Con el objeto de dar eficacia a la decisión adoptada, la Corte, a la vez, ordenó la creación de la Comisión de Seguimiento que tiene por objeto “establecer un proceso de seguimiento [técnico y sistemático] en el que participan tanto el gobierno nacional, los organismos de control, las agencias humanitarias de la comunidad internacional, las organizaciones de población desplazada y las organizaciones de derechos humanos (...) [su tarea principal es] incidir sobre el desarrollo de una política integral frente a la catástrofe social que expresa el desplazamiento forzado, con un criterio de acción basado en la independencia y la complementariedad a otras acciones de diversa índole que han venido adelantándose en este campo”²².

La esencia misma del Estado Social de Derecho tiene por objeto materializar la igualdad entre los diferentes sectores sociales –en la medida en que la propuesta formal francesa fue desafiada por amenazar la existencia misma de las poblaciones más vulnerables–, razón por la cual el Estado debe proteger a los sectores sociales que han sido discriminados por razones económicas, de raza y género, proponiendo políticas que permitan superar las condiciones de marginalidad a las que han sido sometidas históricamente. Por lo tanto, las acciones afirmativas con iniciativa desde el Estado tienen por objeto superar la formalidad en las relaciones sociales y fomentar la igualdad material entre los ciudadanos; de ahí que desobedecer la orden constitucional de promover acciones estatales que permitan superar las condiciones de desigualdad de una sociedad supone, automáticamente, la vulneración de los remedios constitucionales para materializar un derecho fundamental, impidiendo que los valores del Estado Social de Derecho tengan vida en la sociedad, haciendo de este modelo de bienestar un fracaso. De ahí que, en defensa del rol de la educación en el Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional afirma:

19 “Hay numerosos indicadores de proceso en Colombia que tienen la intención de proteger el derecho a la educación, estos se refieren a agencias, proyectos, y programas. Por ejemplo, hay un Ministerio de Educación, que instituye los planes decenales de educación, un defensor del pueblo que promueve acciones judiciales con el propósito de hacer efectivo el derecho a la educación, y una institución responsable de administrar los asuntos relacionados con la gente internamente desplazada. Estas protecciones, sin embargo, no han sido adecuadas en alcance y cobertura para garantizar la educación para todos” (Kalra, 2009, p. 64).

20 La Corte Constitucional ha manifestado que el ‘perjuicio irremediable’, como figura jurídica, se constituye bajo los siguientes presupuestos: “1) que se producirá de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; 3) que su ocurrencia sea inminente; 4) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, 5) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales” (Sentencia T-1131 de 2003).

21 Puede verse en http://www.unesco.org/education/efa/ed_for_all/dakfram_spa.shtml (consultado en octubre de 2009).

22 Ver http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52, (consultado en abril de 2010).

“El derecho a la educación debe entenderse como factor de desarrollo humano, su ejercicio es uno de los elementos indispensables para adquirir las herramientas que permitan al ser humano desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información; es por ello que la educación cumple una función social que hace que dicha garantía se considere como un derecho deber que genera para las partes del proceso educativo obligaciones recíprocas de las que no pueden sustraerse porque realizan su núcleo esencial”. (Sentencia T-239 de 1998. M. P. Fabio Morón Díaz).

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN: ¿ES LA TUTELA UN MECANISMO IDÓNEO?

Habiendo concluido que el derecho a la educación es un derecho social fundamental y merece mecanismos idóneos de protección, especialmente cuando esté relacionado con el desarrollo del principio de igualdad, especialmente en países cuyo objetivo institucional está apostado sobre el desarrollo, sería pertinente preguntarse si su protección puede llevarse a cabo mediante la acción de tutela, en primer lugar, y si este es un mecanismo idóneo de superación de la vulneración del derecho, en segundo lugar.

Para responder a estas inquietudes, recordemos que la decisión sobre la idoneidad de la tutela en este caso específico la lleva a cabo el juez natural de tutela, el cual, a su vez, está atado, en parte, a las disposiciones que en última instancia concluya la Corte Constitucional. Por tanto, es esta institución, y no el juez, la que determinará si es exigible el derecho a la educación mediante la acción de tutela.

En este sentido, habría que establecer si en los casi 20 años en los cuales ha estado instituida la Corte Constitucional colombiana se ha proferido algún fallo relacionado con el tema, y si este logró constituir una regla capaz de fomentar fallos posteriores que hagan exigible el derecho fundamental.

Cabe considerar que de la integralidad de las normas constitucionales –incluyendo tratados internacionales–²³ el juez podrá establecer una regla que guíe

23 El “Marco 5-A sobre el Derecho a la Educación” y los indicadores estructurales, de proceso y de resultado propuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sugieren que Colombia viola los tratados interamericanos y tratados internacionales que exigen brindar educación a los afrocolombianos y pueblos indígenas de manera igualitaria y sin discriminación. En particular, Colombia viola los siguientes

la exigibilidad del derecho a la educación superior mediante la acción de tutela. Para tal efecto el juez puede asumir la propuesta conceptual de Katarina Tomaseski²⁴ para entender la estructura del derecho a la educación, conocida como las cuatro aes: asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad.

Para nuestro objeto, resaltamos la finalidad de la accesibilidad y la adaptabilidad. La primera es un indicador sobre las “garantías indispensables para evitar la discriminación, por factores sociales, materiales o físicos, en el goce” del derecho, y la segunda implica que las “instituciones educativas deben ofrecer una educación que se adapte a los requerimientos sociales, mentales y físicos de las personas, de tal forma que la escuela se adapte al estudiante, y así garantizar su permanencia” (Coronado, 2006, p. 28).

Siguiendo este hilo, podemos concluir que la acción de tutela se enfrenta a un examen sobre la accesibilidad y adaptabilidad del derecho de la población afrodescendiente a la educación superior. De ahí que, por lo menos en la teoría, cuando el juez examine la procedencia debe, en primer lugar, evaluar el grado de acceso de las comunidades afrocolombianas a la educación superior, es decir, en términos de las posibilidades reales y efectivas de las acciones afirmativas que permiten a minorías acceder a un programa universitario, y permanecer en él, así como la posibilidad de acceder a cátedras de etnoeducación.

tratados interamericanos: 1. los artículos 13 y 16 del Protocolo de la Convención Americana sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debido a que no proporciona educación primaria gratuita para todos; y 2. los artículos 1, 19 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 3 del Protocolo de San Salvador y artículos 4 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, debido a no brindar educación sin discriminación y en igualdad. Además, Colombia está obligada a implementar progresivamente los derechos a la educación secundaria y superior según los artículos 19 y 26 de la Convención Americana, el artículo 13 del Protocolo de San Salvador y el artículo 8 de la Convención de Belém do Pará.

24 Entendiendo esta carencia desde los propósitos que el FMSE estableció para 2015 mediante la Relatora Especial para el Derecho a la Educación de la Organización de Naciones Unidas en el año de 1999, fecha en la cual se propuso el marco conceptual con el objeto de promover el derecho a la educación en los países integrantes de la organización, como Colombia, siendo esta propuesta vinculante conforme a lo estatuido en el artículo 93. También es importante tener en cuenta el artículo 26 de la Declaración de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 13 y 16 del Protocolo de San Salvador, artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y la normatividad nacional.

Cabe resaltar que la accesibilidad de la población afrocolombiana a la educación es inescindible de la adaptabilidad de la que Tomaseski nos hablaba. Al respecto,

“En el Convenio 169 de la OIT que, como se mencionó anteriormente, hace parte del bloque de constitucionalidad, existe un mandato claro de promoción del acceso a la educación de los miembros de las comunidades negras. Lo anterior tanto en el sentido de conservación de su identidad cultural –a través de la educación impartida no solo a los miembros de tales comunidades sino a toda la población colombiana– como en el sentido de permitir que aquellos puedan cursar la educación básica y acceder a niveles de educación superior” (Sentencia T-375 de 2006).

Así, la efectividad de los programas denominados “cuotas afirmativas educativas” no es suficiente para garantizar el derecho a la educación; además, es necesario que los estudiantes cuenten con las condiciones materiales suficientes para certificar su estadía a lo largo del programa educativo de su elección, brindándoles las herramientas suficientes para acceder a una educación de calidad, sin preocuparse, más allá de lo necesario, por la forma bajo la cual culminarán la carrera y contando también con la posibilidad de conocer sobre su propia cultura. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo racial/cultural está fijado por la estructura del individuo forjada en experiencias materiales concretas con el ambiente social que lo rodea, es entender que no es una definición que pueda darse de manera objetiva por un alto funcionario de las instituciones estatales, ni por un antropólogo que observa una comunidad. Ser afrocolombiano lo debe definir quien lo es, y la educación debe brindar las herramientas adecuadas para que el ejercicio se lleve a cabo.

“Por expresa disposición constitucional, el Estado no solo está llamado a contribuir en la garantía de acceso al servicio público de educación. También le corresponde asegurar su adecuado cubrimiento y la permanencia de los educandos en el sistema educativo, tanto en el sector público como en el sector privado. Sobre este aspecto, es necesario resaltar que el derecho a la educación, tal y como fuera consagrado por el constituyente en el artículo 67 superior, goza de un contenido esencial amplio y dinámico que irradia a todas las esferas del sistema educativo nacional, dentro de cu-

yos objetivos está el de promover el mayor número de oportunidades de acceso, de acuerdo con los planes y programas que sean definidos por el Legislador en el ejercicio de las competencias asignadas” (Sentencia T-903 de 2003).

Ello debe ser una constante preocupación por materializar el Estado Social de Derecho a través de políticas que garanticen los derechos fundamentales de la población, entre otras, en los programas educativos.

Cuando observamos que las universidades no prestan un programa de acceso a la educación para comunidades afrocolombianas, que sea viable desde el momento en que aspira al cupo hasta el momento en que culmina el programa, puede afirmarse que nos encontramos ante la vulneración del derecho fundamental a la educación y que la tutela, no existiendo otro mecanismo más idóneo y eficaz para superar este inconveniente, es la herramienta pertinente para acudir en procura de la protección del derecho fundamental. Ciertamente, esta regla se encuentra sometida al hecho que la posibilidad de acceder a la institución educativa esté viciada por factores raciales, y que puedan ser probados fácilmente con la incapacidad de las instituciones para argumentar la no discriminación²⁵.

25 Las universidades suelen justificar el porcentaje de población afrocolombiana que accede a la institución, mediante análisis territoriales en los cuales, aparentemente, se encuentran asentadas las comunidades afrocolombianas, es decir, se infiere que si se otorgan cupos a municipios con problemas económicos, automáticamente se otorgan cupos a afrocolombianos. Lo anterior con base en una evaluación de las condiciones naturales “étnico-genéticas” de sus habitantes, justificando la negación a un cupo universitario en la no pertenencia a un territorio específico, o incluso comparando a un afrocolombiano con todos los individuos que viven en las zonas con graves problemáticas sociales; se olvida que, en últimas, el factor cultural es determinante para que un individuo se reconozca dentro de una comunidad afrocolombiana. Adicionalmente, al momento de iniciar un proceso de admisión, los programas universitarios crean dos polos que clasifican a la población minoritaria de la población mayoritaria. De tal forma se crea el espejismo sobre la existencia e implementación de un programa etnoeducativo que cobija a un número importante de estudiantes que logran acceder a la educación superior, que serán catalogados dentro de un convenio general sin observar sus particularidades culturales; así la medida será exitosa porque cuenta con la participación de la población a la que se considera discriminada, sin detenerse en las características culturales de las comunidades de las cuales proviene. Por lo tanto, se surte un proceso en que se invisibiliza la relación entre el racismo y la educación, en cuanto se cumple cabalmente la orden constitucional de promover acciones afirmativas en los centros de educación superior. Así, no importa si se es afrocolombiano o indígena, de todas formas se es considerado como un número significativo para demostrar cuantitativamente el cumplimiento de la obligación, sin trascender en un análisis

Pero esta regla general, construida en el marco de la interpretación jurídica –o en el ejercicio del juez–, debe puntualizarse en el sentido que dado el carácter *inter partes* de la acción de tutela, solo es aplicable en casos concretos, es decir, no en la discriminación abstracta –pero real– de la población afrocolombiana, sino en casos específicos de los cuales pueda inferirse que la acción afirmativa implementada por una institución educativa determinada no logra superar la vulneración a los derechos fundamentales del individuo plenamente identificado.

EXIGIBILIDAD ANTIRRACIAL: UNA POSICIÓN POLÍTICA MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

No puede negarse que las acciones políticas son fundamentales para el ejercicio de exigibilidad de los diferentes movimientos sociales, ni que el derecho es una de las *ratio* para asegurar los fines alcanzados. Tampoco puede negarse de manera absoluta que el derecho sirve como herramienta de dominación de un grupo dominante. Pero tampoco que los mecanismos constitucionales, igualmente, se configuran como una forma de ejercer el legítimo ejercicio de desobediencia civil de los ciudadanos, siendo la acción de tutela un mecanismo novedoso de la legislación colombiana, que fractura la concepción ortodoxa del derecho, permitiendo que pueda utilizarse a favor y no en contra de la población misma²⁶.

La acción de tutela puede ser una herramienta con la cual la comunidad afrocolombiana manifieste abiertamente la vulneración masiva del derecho fundamental a la educación de sus integrantes y se pronuncie sobre la problemática que la asfixia y las razones materiales por las cuales esta vulneración implica una reproducción de la discriminación histórica hacia esta población.

Si entre las recomendaciones del Centro de Derechos Humanos Robert F. Kennedy (Kalra, 2009, p. 92) encontramos “aumentar la responsabilidad de sus acciones, manteniendo y expandiendo el alcance de las

acciones de tutela”, es deber de la Corte Constitucional entender la necesidad de, por lo menos:

1. Aumentar la disponibilidad, asignando más fondos para la creación y el mantenimiento de escuelas públicas primarias y secundarias en las áreas con grandes poblaciones minoritarias, incluyendo las zonas rurales.
2. Mejorar la accesibilidad de las minorías, quienes están desproporcionadamente representadas entre los pobres, reformando la Constitución a fin de eliminar el texto que establece que la gente que pueda pagar, pague por la educación. Específicamente, eliminar del artículo 67 de la Constitución la frase ‘sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos’. [Programas idóneos de bienestar].
3. Aplicar la aceptabilidad, rechazando la financiación pública de las escuelas de baja calidad que actualmente existen en las comunidades minoritarias, especialmente las ‘escuelas de garaje’.
4. Hacer que las escuelas sean más adaptables, centrándose en las necesidades de los afrocolombianos y pueblos indígenas, especialmente incorporando la etnoeducación en el currículo de las escuelas. (Kalra, 2009, p. 92).

Y generar decisiones comprometidas con superar las condiciones resaltadas como de mayor vulneración del derecho social fundamental a la educación.

No pueden abandonarse las herramientas otorgadas, máxime si puede utilizarse el lenguaje del colono como arma de lucha desde abajo²⁷. Tampoco puede mantenerse el silencio; es necesario aprovechar la flexibilidad de la tutela. No concluimos que deban abandonarse las batallas emprendidas, solo afirmamos que deben fortalecerse por todos los medios disponibles. La exigibilidad de la educación no solo debe hacerse desde instancias políticas. Es hora de acudir a los estrados judiciales, que lentamente se marchitan y se agotan frente al olvido de quienes más los necesitan.

cualitativo que permita inferir que el acceso a la educación superior de los afrocolombianos se ha vuelto una tarea difícil. Estos debates se agotaron mediante el proceso de diálogo entre el Ceuna y la Universidad Nacional de Colombia con el objeto de promover las acciones afirmativas de afrocolombianos, del cual surgió el Acuerdo 013 de 24 de junio de 2009, rechazado por el Ceuna.

26 Frente a este punto cabe destacar las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en que se reivindica la lucha de movimientos sociales, como los feministas, LGTB, indígenas, entre otros.

27 Cabe recordar el célebre pasaje de la *Tempestad* de William Shakespeare; en esta obra Próspero llega a la isla de Calibán, declara la isla como propia, se instala con su familia y esclaviza al último por considerarlo bárbaro; finalmente le impone el lenguaje, lenguaje que usa Calibán para maldecir a su opresor: “Me enseñaron su lengua, y de ello obtuve el saber maldecir. ¡La Roja Plaga caiga en ustedes, por esa enseñanza!” En este punto lo que nos interesa resaltar es el posible uso que pueden hacer los movimientos sociales del lenguaje (en el caso que nos atañe, del lenguaje jurídico) como arma de lucha y reivindicación.

Referencias

Libros:

Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Friedemann, N. & Arocha, J. (1986). *De sol a sol: génesis, transformación y presencia de los negros en Colombia*. Bogotá: Planeta.

García, M. & Uprimny, R. (2004). *Emancipación social y violencia*. Bogotá: Norma.

Kalra, M. (dir.) (2009). Derecho a la educación de los afro-descendientes y pueblos indígenas en las Américas. Informe preparado para la audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el Centro de Derechos Humanos Robert F. Kennedy. Recuperado de http://www.espacinsular.org/IMG/pdf/DERECHO_a_la_EDUCACION_de_los_Afro_-descendientes_y_PUEBLOS_INDIGENAS.pdf

Mosquera, C. & Barcelos L. C. (editores). (2006). *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales. Serie Estudios Afrocolombianos*. Bogotá: CES, Universidad Nacional de Colombia.

Rangel, M. (2008). Educación universitaria en Brasil. Desigualdades y políticas de acción afirmativa para su combate. *África e Africanidades*, 1 (1). Uruguay: PNUD.

Informes:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la preparación de indicadores de progreso en el área de los derechos económicos, sociales, y culturales*, OEA/Ser/L/V/II.129 (Doc. 5), at 30-32 (Oct. 5, 2007). Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/Guideline%20october%202007%20eng.pdf> [de aquí en adelante *Lineamientos*].