

SERIE  
**DOCUMENTOS DE TRABAJO**  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**La garantía de la  
diversidad en Colombia:  
desde el marco normativo hacia  
políticas públicas vivas.  
Exposición para un extraterrestre**

---

Magdalena Correa Henao

---

## **SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO**

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en [www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 9  
***La garantía de la diversidad en Colombia:  
desde el marco normativo hacia políticas públicas vivas  
Exposición para un extraterrestre***  
Magdalena Correa Henao

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2014, Departamento de Derecho Constitucional,  
Universidad Externado de Colombia.  
Paola Andrea Acosta, Editora  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia  
[www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

---

# Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO  
*Directora del Departamento  
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.  
*Editora*

# **La garantía de la diversidad en Colombia: desde el marco normativo hacia políticas públicas vivas Exposición para un extraterrestre\*\***

Agradezco la invitación a participar en este Encuentro. Advierto desde ya, que la exposición que efectuaré representa una visión modesta pero sustancialmente académica de algunos aspectos jurídicos y conceptuales de la discusión, sumada a una visión intuitiva de sus aspectos prácticos.

El análisis de las políticas públicas con enfoque diferencial requiere de una aproximación desde el Derecho, porque en ella se encuentra su justificación legítima, la que en Estados de derecho se impone desde el Derecho y sus conceptos fundamentales. Con todo y la seriedad positiva o normativa que ofrece, y allí la percepción íntima, no es tan necesaria ni importante para un debate serio sobre cualquier realidad –qué decir sobre la realidad social y su articulación con la acción pública–, que la que muestran quienes me suceden, desde su trabajo en la Administración pública, en las organizaciones y en “la calle”, o en “el campo”, para promover, luchar y actuar en pos del reconocimiento, el respeto y las garantías que las “diversidades” reclaman.

Desarrollo entonces la exposición de esta manera: Primero, una breve referencia a la noción de Estado constitucional y dentro de él, al de minoría, como concepto clave para atender el problema de la diversidad social digna de protección especial por parte del Estado y del Derecho. Aludiré en seguida a la forma como se han venido introduciendo en el Derecho objetivo colombiano, previsiones jurídicas para atender las minorías y las diversidades que ellas reflejan. En este punto preciso que no referiré sólo a la diversidad de género en el Derecho, sino a algunas otras diversidades que suman complejidad del tema. En un tercer punto, que complementa el anterior, reseñaré también de manera sucinta la importancia que para el caso

\* Directora Departamento de Derecho Constitucional Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid.

\*\* El documento es la versión escrita, corregida, completada de la conferencia que la autora dictó en el marco del Primer Encuentro Internacional de Buenas Prácticas en Políticas Públicas para Mujeres con Enfoque Diferencial, efectuado por la Secretaría Distrital de la Mujer, Subsecretaría de Políticas de Igualdad, en Bogotá D.C., del 29 de octubre al 1° de noviembre de 2013.

colombiano ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la inclusión de posiciones jurídicas de derechos y mecanismos de protección de tales minorías y sus diferencias. Finalmente, apuntaré sobre las limitaciones que tales fuentes normativas mencionadas poseen, no tanto por su contenido jurídico sino por lo evidente: no estar acompañadas de ciertas, decididas y vivas políticas públicas y de más movimientos sociales.

Todo esto lo haré, a través de la conversa con un extraterrestre.

#### I. SUPUESTOS CLAVE: DIVERSIDAD, UNIDAD, ESTADO CONSTITUCIONAL, MINORÍA, ENFOQUE DIFERENCIAL Y LA IDEA DE JUSTICIA EN EL DERECHO COMO PUNTO DE PARTIDA

Imagino que un extraterrestre aterriza en el techo de casa, ingresa en ella y luego de pasar el susto, comprendo que su interés no es otro que conocer el funcionamiento de nuestra humanidad, que ya ha visto desde su ovni, muestra a una especie en su interior muy diversa. El ser, por cierto, se llama Ur, proviene de Urano, su trabajo es de investigación política y social del sistema solar, su aterrizaje en el Colombia no es fortuito y en lo demás como su género, facciones, orientaciones determinantes, condición y niveles de satisfacción frente a los ideales alcanzados por su especie y cultura, para la discusión no son relevantes.

A los efectos de su investigación, le presento todo con gran simpleza, los datos y conceptos que estimo relevantes.

En primer lugar anoto que, aunque siempre ha existido la diferencia como elemento propio al ser humano, para crear un orden social, la visión hegemónica y dominante al interior de las sociedades ha tendido históricamente a simplificar a partir de fórmulas que unifican o segregan a quienes se amoldan o no a las concepciones establecidas del deber ser individual y social.

En efecto, el pensamiento único y de los poderes dominantes, han sido herramientas y *modus operandi* para construir y consolidar el orden estatal, aún hasta nuestros días. Unidad última de poder político, unidad de normas jurídicas principales y finalmente unidad en la idea de justicia con la que se somete de manera sencilla y eficaz, a los individuos y grupos “minoritarios” por los individuos y grupos “hegemónicos”<sup>1</sup>.

Hay en esta observación un doble foco. Relieva por una parte que la concepción de un orden estatal en cualquiera de sus variantes ideológicas (autocrático, liberal de derecho, social de derecho<sup>2</sup>) tiende a unificar por cuanto

1. La revisión de VELA sobre la formación del Estado colombiano, así lo advierte. Vid. BERNARDO VELA OBERGOZO. *Contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el siglo XIX*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

2. En sus inicios, con el llamado “Antiguo régimen” en Europa, se conforma el Estado-nación

ello facilita la concepción del Derecho (monista<sup>3</sup>) y su imposición por parte del Estado<sup>4</sup>; por otra, parte de un supuesto comportamental humano, según el cual la simplificación jurídica también se logra porque son propios a las sociedades los roles de quienes dominan y los roles de quienes “soportan” ser dominados<sup>5</sup>. De hecho, me atrevo a afirmar que ante su existencia inevitable, cualquiera hubiese sido o fuera la clase social, (el género), la raza, la religión, la cosmovisión prevalentes a la hora de concebir el Estado, en todo caso se habría optado por la seguridad y facilidad del orden unitario-único diseñado conforme su propia forma de ver lo justo e injusto<sup>6</sup>.

Mas y como un logro fabuloso de la nueva modernidad en Occidente, se va concibiendo y decantando –a base de la investigación científica, pero también de la experiencia trágica– la noción de Estado constitucional, como un sistema normativo y de poderes públicos (nacionales, locales, regionales, internacionales) flexible, complejo, abierto, móvil, mudable, autocrítico, eso sí, sostenido sobre una columna estructural que orienta su funcionamiento y legitimidad hacia la concreción de derechos, deberes, obligaciones, prohibiciones y garantías, a través de competencias y funciones, destinados a

sentado en la unidad de poder político, soberano y monárquico absoluto. Ya con el Estado liberal y democrático de derecho, por vía de la codificación y del carácter general de la ley, se estructura la unidad en la idea del Derecho, cosa aún predicable para el modelo federalista y constitucional de Estado y de Derecho en Estados Unidos de América, donde por más de 170 años de vigencia de su gran Constitución, su Derecho legislado y de precedentes, simplificó la defensa del hombre (varón, blanco, religioso, casado, propietario) a partir de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la libertad de pensamiento.

3. Ello explica que el pluralismo jurídico siga siendo objeto de debate, incluso de agudas críticas que lo ponen en tela de juicio. Vid. SALLY ENGLE MERRY, JOHN GRIFFITHS, BRIAN Z. TAMANAHA. *Pluralismo jurídico*. Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, 2007.

4. Vid. las conclusiones más allá de MARX y WEBER de HAROLD J. BERMAN. *La formación jurídica de Occidente*. México, F.C.E. (1983) 1996, pp. 565-586.

5. Bueno, con independencia de su orientación ideológica y pretensiones, mucho de esto lo advirtió hace más de un siglo G. MOSCA, Vid. GAETANO MOSCA. *La clase política*. Selección de Norberto Bobbio. México, F.C.E., 2002 (reimpresión). Y desde la teoría del Estado, así lo relievra ZIPPELIUS. Vid. REINHOLD ZIPPELIUS. *Teoría general del Estado*. México, UNAM, 1985, pp. 217-237.

6. En la versión liberal del Estado de derecho (Legislativo), como lo mostró la difícil introducción de los derechos a la igualdad de la mujer. En el Estado social de derecho de la social-democracia, al observar cómo la introducción de los derechos laborales de nuevo simplificó la idea del Derecho, pues sólo incluyó dentro de los sistemas de protección, los derechos de la clase obrera, del trabajador dependiente de la fábrica o de la unidad empresarial, sin considerar a todos los demás, trabajadoras y trabajadores no vinculados formalmente a dichos procesos productivos constituidos, para quienes también eran indispensables garantías de trabajo y remuneración digna, así como de seguridad social en salud y en la vejez. O también, con la protección de la mujer en sus derechos sociales derivados de su relación conyugal, reducida, simplificada y unificada en favor de quienes estuviesen casadas a través del matrimonio, olvidando la realidad inocultable de las parejas de hecho y la identidad de necesidades de amparo, no obstante su condición familiar no tuviese soportada en un contrato civil o religioso. Ello, entre miles de ejemplos.

respetar, proteger o en general atender con corrección la diversidad humana, para asegurar su dignidad libre y real. De este modo ingresa en la idea de justicia del Derecho vinculante, exigible, eficaz, la dimensión fáctica de la libertad y los derechos, en el marco no de la igualdad sino de la desigualdad en sus facetas positivas y negativas, a través de procesos de decisión y acción participativos. Estado social de derecho, pluralista y democrático.

Con tal discurso del Estado constitucional y por tanto pluralista, el pensamiento contemporáneo va contracorriente, contra-natura de lo que el poder político y el orden jurídico e incluso el orden social han sido. Es por tanto intelectual, idealista y aunque racional paradójicamente romántico. A todas luces difícil, perturbador<sup>7</sup>, tanto por las resistencias de los grupos mayoritarios o con poder (incluso al interior de las minorías), como por las exigencias políticas, normativas, presupuestales, económicas y de articulación administrativa que dicho concepto de orden comporta para los Estados y sus aparatos. Aún así –alerto con ingenuidad al extraterrestre Ur–, cuánto honra a nuestra especie, concebir una sociedad y un orden distintos, basados en lo complejo, lo diverso y lo múltiple, que no cede al poder elemental de la simpleza y la fuerza bruta ni al egoísmo.

En el marco de esta noción de Estado y de sociedad pluralista en la que se reconoce, en adición quiero destacar para Ur, cuatro nociones relevantes: Minorías, condiciones de desigualdad manifiesta, enfoque diferencial, y por último, claro está, confianza en el Derecho.

Sobre la noción socio-política y jurídica de “minoría”, XIOMARA ROMERO observa que si bien puede agrupar poblaciones o comunidades numéricamente menores con relación a la generalidad de los asociados a una comunidad políticamente organizada, sustancialmente representa, a “grupos humanos con características propias diferentes de las que comúnmente comparten los miembros de un estado”<sup>8</sup>. Y con la misma autora, aunque no existe una definición unívoca de minoría, su significado amplio que es el que aquí interesa, puede ser reconocido i) con el factor número, pero también y en esencia, por las siguientes características adicionales: ii) carecer de una posición dominante, iii) diferencias de identidad como elementos étnicos, comportamentales, de género, orientación, condición o convicción, claramente distinguibles respecto de la mayoría de la población estatal o del grupo hegemónico; iv) en fin y como corolario de lo anterior, se avienen como grupos o poblaciones vulnerables, dados los tratos discriminatorios que el grupo mayoritario les depara en razón de tales diferencias<sup>9</sup>.

7. En los términos de ZIPPELIUS. Vid. REINHOLD ZIPPELIUS. *Teoría general...* cit., p. 238.

8. XIOMARA PÉREZ ROMERO. “Minorías marginadas, ocultas o invisibles”. En *Revista Derecho del Estado* n.º 26, enero-junio de 2011, pp. 153-173, en especial p. 154.

9. Ídem.



La condición cuantitativa de minoría, sin embargo, ha comenzado, a ser más una referencia irónica en cuanto puede hablarse de minorías que son mayores en número, pero al carecer de poder y de representación política, al no poseer las condiciones efectivas para el ejercicio de los derechos reconocidos para la población en general, o al ser invisibilizadas por el Derecho, materialmente devienen en “minoría”, por su común condición de debilidad o vulnerabilidad<sup>10</sup>.

Es el caso precisamente de las mujeres, como ejemplo fácil para el visitante intersolar, quiénes suman la mayor discriminación persistente, pero a la vez, constituir por ejemplo en la población colombiana del último censo nacional de 2005, un 51,2%, frente a 48,8% de hombres<sup>11</sup>. Sería y me arriesgo a las críticas por aplicar la noción de minoría, también el de los “pobres” en Colombia, que en conjunto y desde sus distintas manifestaciones (campesinos, reinsertados, desplazados, trabajadores informales, recicladores, habitantes de la calle, etc.), somete, más allá de las cuentas alegres<sup>12</sup>, a amplios sectores de la población, a escasas condiciones de mera subsistencia, precariedad en el acceso a servicios públicos, incluida educación, salud y transporte público, trabajo sin garantías suficientes de derecho, alta manipulabilidad política y frente al mercado<sup>13</sup>. Condiciones que además de ir creando (a veces) algunas

10. Por esto PRIETO SANCHÍS, al intentar establecer los rasgos característicos de una minoría señala que “se trata de una colectividad humana diferenciada dentro del territorio del Estado presumiblemente minoritaria en número y, desde luego, que se halla en posición no dominante. En realidad, el elemento cuantitativo resulta secundario y así, por ejemplo, cabe decir que bajo el régimen de apartheid en Sudáfrica la mayoría negra fue también una minoría [...]. Lo que importa es, en consecuencia, que la colectividad no ejerza un papel dominante, que su religión, sus costumbres e instituciones, en suma, que su cultura resulte distinta y disidente frente a la que domina.” En: LUIS PRIETO SANCHÍS. “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”. *Doxa*. N. 15-16 (1994), Universidad de Alicante, pp. 367-387.

11. Vid. [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/gene\\_15\\_03\\_07.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/gene_15_03_07.pdf).

12. Claro está que con las nuevas metodologías adoptadas por el DANE, los pobres en Colombia no son los más, apenas un 30% de la población, tras las cuentas alegres que indican cómo un hogar de cuatro personas en el 2011 deja de ser pobre cuando sus ingresos monetarios superan los 778.784 pesos. Un cálculo que desestima el valor que dentro de la dignidad económica posee no sólo la procura existencial sino el derecho al progreso y que al mismo tiempo indica su falta de representación en las instancias de medición. Vid. <http://www.portafolio.co/economia/indice-pobreza-colombia>.

13 Se comenta en el portal Kienyke.com, la nota de CAMILO HURTADO, “La mitad de Colombia vive con el mínimo” de junio 22 de 2013: “Ser considerado como uno de los países más desiguales del mundo, contar con uno de los mayores niveles de empleo informal, además de tener el desempleo más alto de América Latina, ha permitido que medios internacionales como Bloomberg destaquen a Colombia como uno de los territorios más estresantes para vivir en la región./Si se suma el tema del salario, entidades como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no han dado noticias positivas del país ya que lo ubicaron entre los últimos 20 lugares con peores sueldos. El pago promedio en Colombia no alcanza el \$1'300.000. Pero ¿cuántos colombianos no llegan ni siquiera a este monto? ¿Qué porcentaje se gana apenas el mínimo? Trabajando.com indagó sobre el tema y a través de una encuesta realizada a 40 mil personas encontró que el 54.84 % de los colombianos devengan un salario mínimo. ANDRÉS BALLÉN, jefe

identidades (culturales) propias<sup>14</sup>, por sobre todo ubican a sus miembros, a quien puede ser considerado como “pobre”, en una posición de debilidad o vulnerabilidad tales, que elimina sus opciones de sujetos libres, con capacidades desarrolladas y oportunidades de autoconstruir una vida digna.

Es decir –interpela Ur– que son las condiciones cualitativas las que permiten determinar, con mayor nitidez, cuál y cuándo un cierto tipo de diversidad está llamada a ser protegida por el Derecho? Exacto.

¿Cuáles condiciones cualitativas? Las que provienen por causas naturales o no imputables a la decisión del sujeto de grupo minoritario, como el género, el transgenerismo, la orientación sexual (generalmente) y la etnia, o la discapacidad; causas de carácter social y económico, como ser prostituta o prostituto, indigente o drogadicto, causas fácticas inmediatas como su situación extrema en un contexto determinado como la figura de los desplazados en el conflicto interno, y también como complemento, causas históricas, culturales y espirituales, que crean las iglesias, las logias, los colectivos disidentes de cualquiera de los órdenes establecidos<sup>15</sup>. Todo sólo ejemplos.

Y ¿cuánto se debe proteger? En el grado justificado, idóneo, necesario, proporcional, para eliminar la restricción a las libertades, y/o eliminar (reducir) los niveles de desigualdad material intolerables que represente. Por ello es que la diversidad y la minoría que interesa en sustancia para el Estado constitucional social y pluralista, es la que ha dado lugar histórica, tradicionalmente y de modo manifiesto, a condiciones que someten e impiden a sus integrantes, ejercer sus libertades y acceder a sus derechos.

Esto significa mucho pero no esclarece casi, acepto a Ur. Mas agregó que no se debe precisar pues, comento, la definición de cuánta diversidad debe ser protegida en el Estado constitucional no puede ser estrecha, pues con ello se contradicen los supuestos en los que esa noción de organización política se sustenta. Otra cosa es que la atención a la diversidad deba articularse y acotarse en razón de las muchas diversidades existentes, urgentes, dignas todas de medidas de salvaguarda.

Ahora bien, como la forma en que el Estado y la sociedad en conjunto deben responder a las distintas manifestaciones de diversidad que se puedan reconocer como minoría, para suponer tratos, derechos, deberes, políticas, programas, proyectos, técnicas diferenciales, propios o indispensables para

de comunicaciones de la compañía le dijo a Kien y Ke que de las 22 mil personas que afirman ganar este dinero “el 53% son mujeres y el 47 % hombres”. En <http://www.kienyke.com/historias/cuantos-colombianos-se-ganan-un-salario-minimo/>.

14. Revista No 40. CARLOS VALERIO ECHAVARRÍA, ALEJANDRA MARÍA LINARES y JUAN FERNANDO DIMAS. “Reivindicar para permanecer... Expresiones de ciudadanía de un grupo de jóvenes hip-hop de La ciudad de Bogotá”. En *Revista de Estudios Sociales*, no. 40, agosto de 2011, pp. 101-114. DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res40.2011.10>.

15. Cita en construcción.

equiparar o distinguir en la pluralidad sobre la que se actúa, aparece la noción de “enfoques diferenciales”.

Sobre ella ha dicho la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia: “Una conceptualización bien fundamentada debe empezar por decir que el enfoque diferencial tiene un doble significado: es a la vez un método de análisis y una guía para la acción. En el primer caso, emplea una lectura de la realidad que pretende hacer visibles las formas de discriminación contra aquellos grupos o pobladores considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma en cuenta dicho análisis para brindar adecuada atención y protección de los derechos de la población”<sup>16</sup>.

Es notorio que dicho concepto, aunque debe partir de un reconocimiento consagrado en un sistema normativo de protección de la minoría y diversidad sobre la cual se pretenda actuar, no se reduce a ello y mucho más lejos, debe incluir acción política, acción social, políticas públicas<sup>17</sup>. Ello a fin de penetrar de veras, con profundidad en la realidad del grupo, comunidad o población de que se trate, para visibilizar su verdadera situación, condición, características, el impacto que la violencia, la inequidad y la discriminación soportadas, las falencias parciales o severas de la participación y en los planes, programas y proyectos concebidos por el Estado y que los involucran de manera directa o indirecta, la eficacia de sus derechos humanos comunes o singulares, así como “las dificultades y resistencias para reconocer las asimetrías, desigualdades, vulnerabilidad y necesidades de las poblaciones consideradas como diferentes”<sup>18</sup>.

De este modo, el enfoque diferencial concreta el Estado constitucional, social, pluralista, como poderes de Estado y Derecho de resultados, cuyas actuaciones y normas completan su legitimidad y validez jurídica, más allá de su coherencia competencial, lingüística o conceptual con la Constitución, con el análisis sobre logros o mejoras ciertas, medibles y comparables, en las condiciones de vida digna y libre de los grupos minoritarios o con desigualdades debilitantes. Todo lo anterior, a través de la definición normativa de tratados, leyes, reglamentos, concesiones, contratos, etc., y en de la concepción y ejecución de planes, programas, proyectos y presupuestos públicos, de todas y cada una de las instituciones del Estado o que actúan como tales, como actividad sometida a procesos participativos, con indicadores varios,

16. Boletín del 6 de marzo de 2003. Consultado en [http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2470:un-gran-proceso-&catid=76:recursos](http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com_content&view=article&id=2470:un-gran-proceso-&catid=76:recursos)

17. Vid. sobre su significado en ANA MILENA MONTOYA RUIZ. “Recorrido por las políticas públicas de equidad de género en Colombia y aproximación a la experiencia de participación femenina con miras a la construcción de escenarios locales”. En revista Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVI. N° 147, Junio 2009, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia, pp. 303-305.

18. Idem.

análisis costo-beneficio complejos, diversos raseros de eficiencia. Y en lo que hace a la vinculación de los particulares con el proyecto público del Estado constitucional, social y pluralista, un Estado ordenador en particular de la economía y las finanzas públicas, que en el marco de las distintas competencias, ofrezca respuestas útiles para servir con equidad a todos, en su igualdad y desigualdades, de las ventajas y oportunidades del desarrollo y el crecimiento y distribuir sus costos y externalidades negativas.

Con todo, dejo ver al extraterrestre los excesos de mi formación y de mis “convicciones epistemológicas J”, al afirmar que los anteriores elementos conceptuales tienen cabida porque así se dispone desde el Derecho vinculante, exigible, transformador consagrado en la Constitución y en el discurso de los derechos y libertades y por el cual se ha introducido en Colombia al Estado constitucional. Por ello aunque sostengo el valor o significado que en términos de su validez jurídica y coherencia lingüística o conceptual con principios, reglas y competencias posee en cuanto tal el sistema normativo, incluyo como ingrediente esencial de validación el análisis sobre logros ciertos vistos como avances y retrocesos, frente al pluralismo, la democracia integral y la realización del Estado social de derecho. El estudio de cómo las normas y los hechos del Estado han alcanzado o no, mejora visible en las condiciones de vida digna y libre de los grupos minoritarios.

En este sentido, la gestión de Estado debe partir de políticas públicas. Una gestión pública que, en definitiva será legítima, cuando tenga resultados. Por ejemplo cuando sea mayor y mejor la satisfacción de las necesidades básicas y de las dignificantes (calidad de vida), y no sólo cuando defiende los derechos contractuales y las libertades asociadas a las inversiones, a los lujos y todas las delicias –claro que sí– que ofrece el mercado libertino.

Dicho de otro modo, preciso a Ur, un Estado que decide sobre lo que puede decidir y actúa sobre lo que ha decidido actuar, mediante la concepción y ejecución de planes, programas, proyectos de cada una de sus instituciones, áreas y oficinas, en los contratos y concesiones, en sus muchos mecanismos de intervención en la economía a su alcance. Que desarrolle su actividad sometida a mediciones a procesos participativos, con indicadores varios, análisis costo-beneficio complejos, diversos raseros de eficiencia y comparación con la protección de otros derechos.

En suma, un Estado gestor que representa muchos significados: Estado-administración que procure la realización de los intereses generales en particular de las minorías y los grupos discriminados; Estado-empresa prestador de servicios públicos y Estado-concesionario-contratista, cuya función u obligación se presta en procura de fines sociales esenciales de satisfacción individual y colectiva de derechos individuales, sociales, colectivos fundamentales y no (sólo) del máximo beneficio al menor costo en el proceso de prestación; Estado de las entidades territoriales que a pesar de sus restricciones

autonómicas y presupuestales, materialice en lo que está a su alcance, decisiones y acciones conectadas con la próxima realidad que atienden; Estado ordenador de la economía y las finanzas públicas, que en el marco de sus competencias, ofrezca respuestas útiles para servir a todos de las ventajas y oportunidades del desarrollo y el crecimiento y para distribuir con equidad sus costos y externalidades negativas.

Con CARNELUTTI, la fe en el Derecho y con CHICO BUARQUE, para “algunas veces hasta creer llorando”. Es en ese sistema intelectual, discursivo, de las palabras, los textos y los usos, donde se encuentra un buen punto de partida para conocer razonablemente qué se puede esperar en el Estado colombiano para la sociedad pluralista, en términos de estructuración y revisión de los enfoques diferenciales en las políticas públicas, con objetivos, prioridades, asignaciones, valoraciones, que reflejen y aseguren los derechos e impongan obligaciones correlativas previstos por las normas jurídicas.

El enfoque diferencial requiere de la cualidad imperativa y de legitimidad del Derecho del Estado constitucional y pluralista, que posee los elementos sustanciales, procedimentales y de competencia que sirvan para incluir y articular la diversidad con la generalidad, los ámbitos iusfundamentales de los derechos y la democracia de las mayorías. Por eso paso a contarle a Ur, enseguida, sobre cómo afronta la diversidad el Derecho colombiano existente.

## II. LA INCLUSIÓN DE LA DIVERSIDAD EN EL DERECHO. EL CASO COLOMBIANO

Pues bien. Continúo la exposición ante Ur y con lo anotado en otro lugar<sup>19</sup>, le cuento que no obstante la suscripción de tratados de derechos humanos que ya contemplaban el reconocimiento del pluralismo y los derechos de las “minorías”, en Colombia fue con la Constitución de 1991 que se estableció en el Derecho formal el Estado constitucional y pluralista, en la que como norma jurídica vinculante (art. 4º), se reconoce abiertamente y decisión la diversidad involuntaria y voluntaria y las minorías y el deber de protección. Así, a través de sus principios fundamentales, reforzado en la carta de derechos y en disposiciones de carácter orgánico, competenciales y funcionales.

Y con base en su mandato, el legislador ha venido consagrando posiciones jurídicas concretas que buscan decantar los derechos, deberes y obligaciones derivados, con que se reconoce la igualdad o la desigualdad y en ese orden lo común y las diversidades. Es, puntualizo al extraterrestre, una natural asignación de funciones que el Estado constitucional preserva del Estado de Derecho, en razón de la importancia que ese cuerpo democrático represen-

19. Vid. MAGDALENA CORREA HENAO. “Minorías, derechos y desarrollo: vanidad constitucional y otras realidades”, en AA.VV., *20 años de la Constitución colombiana: Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2012, 165-186.

tativo posee para actualizar los derechos de las personas , sus deberes y las responsabilidades de las autoridades.

Hago enseguida alusión a algunas normas constitucionales generales en las que se aprecia el alcance del Estado pluralista, y, luego, a algunas normas constitucionales específicas y a algunos de sus desarrollos legislativos, relacionados con ciertas minorías expresamente recogidas por la Constitución.

Sobre los preceptos constitucionales generales, dentro de los muchos preceptos que contienen esta idea de Estado para una sociedad plural, destacan de manera singular: la adscripción del Estado colombiano como pluralista (art. 1º) y la protección especial derivada de la diversidad cultural (arts. 7º y 8º), así como la consagración del valor, principio y derecho a la igualdad formal o ante la ley, la prohibición de la discriminación negativa por cualquier causa, el deber de igualdad de trato y finalmente la igualdad material que impone al Estado especiales obligaciones para con los sujetos especialmente vulnerables (art. 13).

Se trata en todo caso, en consonancia con lo que se advierte arriba, de una protección de la diversidad para la libertad, pues sólo así resulta admisible en el marco de un Estado fundado en el principio de dignidad humana y dentro de ella, en el principio pro libertate (arts. 1º y 6º). Igualdad, desigualdad, trato igual y desigual, como “tacones normativos” para el objetivo último de actuar con autonomía, libre albedrío.

También hay que destacar que los derechos todos, así como los que se derivan de la aplicación de la igualdad en el Estado pluralista, no son absolutos, es decir que se encuentran limitados por el Derecho, por los derechos ajenos y por el principio del no abuso del derecho (art. 95). Esta obviedad Ur, no lo es tanto por causa de la tradición individualista que ha prevalecido en la defensa de los derechos. En ello la razón de enfatizar su existencia normativa, como forma de incluir templanza en el ejercicio de las libertades, como parte de la estructura de los derechos y posiciones jurídicas específicas de derecho derivadas de la igualdad y también de la diversidad, como forma de que incluyan compromisos solidarios, para la eficacia horizontal del mandato respeto y consideración que el pluralismo predica.

Se incorporan, en fin, como “orden superior” base del pluralismo, el llamado bloque de constitucionalidad. Esto es, el conjunto de las muchas normas contenidas en declaraciones, convenciones, protocolos y en general tratados de derechos humanos –generales y también específicos para las “minorías”–, suscritos y ratificados por el Estado colombiano, los cuales por disposición expresa de la Constitución, prevalecen en el orden interno y son fuente normativa que obliga a las autoridades del mismo, a adoptar

las medidas conducentes para respetar y proteger o restringir y eliminar las formas de igualdad, desigualdad y discriminación existentes (art. 93)<sup>20</sup>.

Junto con los anteriores preceptos, el reconocimiento de lo minoritario en cualquiera de sus variantes, se efectúa en las disposiciones constitucionales que de manera específica reconocen los derechos diferenciales para algunas minorías o grupos, sujetos o poblaciones diversos. Se habla de las normas específicas para las minorías constitucionalmente expresas. Y fruto de tales disposiciones, las del derecho legal con el que el legislador concreta y precisa normas jurídicas y derechos a algo, a prestaciones, a garantías o inmunidades específicas para cada minoría.

Se relacionan para el extraterrestre a continuación, algunos ejemplos que reflejan lo dicho: Las minorías a las que directamente alude la Constitución colombiana. No por ello se deben entender excluidas otras diversidades dignas de protección pero no mencionadas, como se indicará con el ejemplo particular de la población LGBTI. Con las que se mencionan sólo se busca ilustrar el Derecho objetivo diferencial de algunos grupos: minoría de género, minorías étnicas, minorías por razón de la condición física.

El primero, la mujer. A su respecto, aunque de tiempo atrás el Estado colombiano había suscrito un instrumento internacional de protección concreta<sup>21</sup>, es con la Constitución de 1991 que se prevén las bases de su condición minoritaria atendida por el Derecho. Así cuando se establece la regla de la igualdad de trato frente al hombre, pero también el derecho a un trato desigual que la discrimine positivamente bien por estado de embarazo, lactancia o por ser madre cabeza de familia (art. 43); cuando se garantiza la adecuada y efectiva participación de la mujer “en los niveles decisivos de la administración pública” (art. art. 40 infine) y cuando se incluyen a las mujeres dentro de los sujetos de la protección laboral especial (arts. 53 y 54).

Aunque como lo observa Paola Acosta, se trata en todo caso de una normatividad constitucional pero de talante masculino<sup>22</sup>, con ocasión de tales mandatos, el legislador ha venido dictando medidas que incluyen la incorporación en el derecho interno de la Convención Interamericana para prevenir,

20. El concepto de bloque de constitucionalidad técnicamente posee mayor complejidad, por lo cual se habla de un concepto lato sensu y stricto sensu. OSCAR REINA GARCÍA, “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”. En: *Revista Derecho del Estado* (Bogotá), No. 29 (Jul.-Dic., 2012), pp. 175-214. También en ANDRÉS M. GUTIERREZ BELTRÁN. *El bloque de constitucionalidad : conceptos y fundamentos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

21. “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada el 17 de julio de 1980; ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

22. Vid. PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO. “La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución colombiana”. En *Revista Derecho del Estado*, no. 20, diciembre 2007, pp. 49-60.



sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994<sup>23</sup>, así como otras leyes destinadas a desarrollar sus derechos constitucionales diferenciales; posición de madre cabeza de familia, sujeto de protección laboral o económica reforzada, así como en el ámbito penal<sup>24</sup>.

Por lo que se refiere a las minorías étnicas, dos referencias.

De un lado, las minorías indígenas, frente a las cuales le apunto con entusiasmo a Ur, la Constitución consagró en comparación con los demás grupos sociales discriminados, el más amplio reconocimiento<sup>25</sup>, al sentar su respeto y protección dentro de los principios fundamentales de la Carta (arts. 7º, 8º y 10), al proteger las tierras de resguardo como bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, además como propiedad colectiva (arts. 63 y 329), al

23. Ratificada por el Congreso mediante la Ley 248 1995, y revisada en su constitucionalidad por la sentencia C-408 de 1996.

24. Normas “para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia” (ley 82 de 1993, posteriormente reformada por ley 1232 de 2008). Esta misma condición sirvió de base para su inclusión dentro de la figura del “retén social”, garantía de estabilidad laboral reforzada durante los procesos de reestructuración administrativa (ley 812 de 2003). Esta figura fue estimada conforme a la Constitución, en razón de la especial protección que la mujer merece, no sólo por la tradicional sujeción y discriminación a la que ha sido sujeta, sino también con motivo de las transformaciones socio económicas y en la estructura de la familia colombiana que ha producido entre otras la violencia (vid. p.e., sentencias C-991 de 2004 y SU-388 de 2005). Y como resultado de la preocupante situación de violencia que sigue afrontando la mujer al interior del hogar, al igual que dentro del conflicto interno colombiano, se dictan una serie de normas preventivas y represivas destinadas a garantizar la protección de su integridad física y moral (leyes 294 de 1996, 575 de 2000, 882 de 2004 y finalmente 1142 de 2007). También normas cuyo objetivo principal ha sido el establecimiento de condiciones de equidad en el campo laboral (el caso de la Ley 823 de 2003 por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres; la Ley 731 de 2002 que tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural; y la Ley 581 de 2000 por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público). Y además, disposiciones destinadas a asegurar la protección de la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia (Ley 1468 de 30 de junio de 2010, resultado, en parte, del precedente trazado por la jurisprudencia constitucional). Medidas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres (ley 1257 de 2008). Normas por las que se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas” (ley 1413 de 2010). La creación al interior del Congreso, de la comisión legal de equidad de la mujer (Ley 1434 de 2011). Y también una ley por la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres y se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación (ley 1496 de 2011).

25. La más significativa, dadas las concepciones que antecedían en el tratamiento de estos pueblos y comunidades, antes que amparadas apabulladas por leyes aún vigentes como la Ley 89 de 1890, en los preceptos no declarados inexequibles por la Corte, por la cual se determinaba “la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. La inconstitucionalidad de los artículos 1º, 5º y 40, declarada en sentencia C-139 de 1996, respondió, entre otras razones, a la política integracionista que en ella se establece, sentada en una “concepción ética universalista que consideraba lo diferente como incivilizado”.



imponer una reglamentación que proteja en sus territorios la riqueza arqueológica (art. 72), así como una educación que respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68). También su salvaguardia aparece a través de mecanismos que buscan garantizar su participación política en el Congreso, mediante la elección de dos senadores por la “circunscripción nacional especial para comunidades indígenas” (art. 171), así como el posible establecimiento por vía legal, de una circunscripción indígena para la Cámara de Representantes (A.L. N° 03 de 2005). Se establece además poder autonómico mediante la conformación de las entidades territoriales indígenas según la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con delimitación de poderes, previa participación de las propias comunidades indígenas y la regla de coordinación con otros entes territoriales con los que se relacione (arts. 329 y 330), al igual que pluralismo jurídico que permite, de conformidad con la Constitución y las leyes, un gobierno y jurisdicción indígena en sus territorios (art. 246). Y en consonancia con lo previsto en el Convenio 169 de la OIT, incorporado en la legislación colombiana poco antes de la expedición de la Carta (Ley 21 de 1991<sup>26</sup>), se impone al Estado la consulta previa de sus comunidades, para la explotación de los recursos naturales en sus territorios y para excluir todo desmedro de la integridad cultural, social y económica de sus poblaciones (párrafo art. 330).

El desarrollo legislativo de la Constitución indigenista empero, no ha sido suficientemente. En todo caso, se han dictado normas de carácter ambiental, sobre minas, sobre el sistema general de seguridad social en Colombia y la reparación de las víctimas, con las cuales además se ha incluido como requisito de la actuación sobre intereses de las comunidades indígenas, la consulta previa<sup>27</sup>. El punto –agrego tristemente– es que este derecho fundamental de estructura tanto material como procedimental en sí mismo, no se ha establecido con claridad por la legislación, con lo cual ha desvanecido los

26. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en la cual se ordena expresamente que dicha consulta previa debe operar “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas” (artículo 6 numeral 1 del Convenio 169 OIT).

27. En materia ambiental, se estableció por ejemplo que “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades” (art. 76 ley 99 de 1993). Sobre minería, al concretar el requisito de la consulta previa, con respectivas oportunidades para conocer, revisar y debatir sobre el tema puesto a su consideración y decidir libremente si ejercer o no su derecho de preferencia (art. 35, ley 685 de 2001). También cuando se reglamenta la participación de los Grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia (ley 691 de 2001). Y de modo reciente, cuando se incluye la consulta previa, también frente a las diferentes medidas que represente la aplicación de la ley de víctimas (Ley 1448 de 2011).

espacios participativos de esta garantía básica para la protección y realización de otros derechos de tales minorías.

2.4.2. Con relación a los “afrocolombianos”, esto es, a las negritudes, afrodescendientes, palenqueros y raizales, Colombia ya había suscrito la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ley 22 de 1981). En la Constitución de 1991 su protección sin embargo resultó menor a la de los indígenas, no obstante su importancia numérica dentro de la población colombiana<sup>28</sup>, cuando su mención se redujo a ordenar la expedición de una ley que reconociera a las comunidades negras que han ocupado históricamente tierras baldías, a los efectos de proteger el derecho a la propiedad colectiva, así como la identidad de las comunidades afro del país (art. 55 transitorio).

A partir de la anterior disposición, se dictó una ley (70 de 1993) que prevé el expreso reconocimiento de los derechos de las comunidades negras sobre la tierra y también de su enorme riqueza cultural, de su autonomía y en su defecto, del derecho a la participación en las decisiones que los afectan en diversos ámbitos como la planeación, el presupuesto y los procesos educativos. Se dictan además otras normas para todas las minorías étnicas, con las cuales se protege su representación política en instancias de decisión, su identidad cultural, se reprimen los actos de discriminación, se incluyen prestaciones y derechos a algo en su favor<sup>29</sup>.

Por su parte, sobre los discapacitados como minoría involuntaria que se define con el rasgo específico diferenciador de las limitaciones físicas o mentales de los sujetos que la integran, también fueron reconocidos de manera puntual por la Constitución de 1991. Dicha condición impone al Estado “una política de previsión, rehabilitación e integración social” (art. 47), protección reforzada en el ámbito laboral (arts. 53 y 54), así como medidas especiales en materia del derecho a la educación (art. 68).

En atención a lo anterior, de manera más bien reciente, Colombia ha adherido a las convenciones interamericana e internacional relativas a esta minoría<sup>30</sup>, al igual que ha votado leyes internas que reconocen algunas obli-

28. Según el Censo de 2005, equivalente al 10,6% de la población colombiana. Consultado en [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co).

29. Se habla por ejemplo de la ley que crea una circunscripción especial para la Cámara de Representantes (ley 649 de 2001), y la que establece para el 21 de mayo el día nacional de la Afro colombianidad (ley 725 de 2001). La ley orgánica del plan nacional de desarrollo se incluye su participación dentro del Consejo Nacional de Planeación (ley 152 de 1994) y en las leyes del Plan Nacional de Desarrollo de los periodos 2006 – 2010 y 2010-2014, la inclusión de estrategias para fortalecimiento de dicha población (ley 1151 de 2007 y ley 1450 de 2011). La incorporación en el Código Penal un delito autónomo que reprime los actos de racismo o discriminación (ley 1482 de 2011). Y, tanto para las comunidades indígenas como para las comunidades afro, la previsión de medidas especiales de protección en la llamada ley de víctimas del conflicto armado colombiano (ley 1448 de 2011).

30. Son ellas la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de

gaciones para eliminar ciertas barreras que la condición de discapacidad impone<sup>31</sup>. Se destaca empero la ley estatutaria proferida a principios del año 2013<sup>32</sup>, que no sólo por su naturaleza en abstracto, sino por el conjunto de derechos diferenciales fundamentales que declara, puede considerarse como un avance valioso, al menos en el plano formal, en favor de esta minoría.

Y como último ejemplo, la Constitución se refiere a los adultos mayores, población cuya diversidad o condición minoritaria se manifiesta como en el caso anterior, en razón de la vulnerabilidad que la ancianidad representa. A su respecto se previeron obligaciones tanto para el Estado, como para la sociedad y la familia, con la garantía especial a cargo del primero, de otorgar “seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia” (art 46). Así mismo, se establece en cuanto al derecho a la seguridad social en pensiones, la garantía institucional para que el legislador defina “los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” (art. 48, en concordancia con el art. 53 *in fine*).

La regulación de desarrollo sobre la materia –vuelvo a manifestar descontento ante Ur– ha resultado empero escasa, aunque se puede reconocer algún esfuerzo, en especial, a favor de los adultos mayores en condición de indigencia<sup>33</sup>.

Ahora que, antes de cerrar este punto, reitero al extraterrestre que si bien faltan desarrollos normativos expresos sobre las muchas diversidades relevantes en la sociedad colombiana y dignas de protección, reconocidas o no expresamente, la relación de normas constitucionales y legales existentes, muestra la adscripción institucional del Estado colombiano en el sistema de Estados constitucionales, incluyentes, pluralistas, que de modo al menos incipiente, apunta a reconocer la realidad social y la diversidad en sus individuos y grupos, y en esa medida a estructurar un orden medianamente justo.

discriminación contra las personas con discapacidad” de 1999, introducida en el derecho colombiano mediante la Ley 762 de 2002, y declarada conforme a la Constitución en sentencia C-401 de 2003 y la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de Naciones Unidas de 2006, y ratificada por nuestro país mediante la Ley 1346 de 2009, declarada exequible con sentencia C-293 de 2010.

31. Para crear condiciones de integración social de las personas con limitación (ley 361 de 1997), garantías y discriminaciones positivas para el acceso a la carrera administrativa (ley 443 de 1998) y a medios de transporte (ley 105 de 1993), para el ejercicio del deporte (ley 582 de 2000), así como al derecho a la vivienda digna y adecuada a sus limitaciones (ley 546 de 1991).

32. Se habla de la ley 1618 de febrero 27 de 2013, cuya constitucionalidad fue valorada previamente en sentencia C-765 de 2012.

33. Como ocurre con las normas destinadas al recaudo de recursos para la financiación de centros de atención de personas de la tercera edad, en particular cuando a dicha condición se suma la pobreza por abandono o por imposibilidad de que la familia asuma los costos de su atención y manutención (ley 1171 de 2007) y las que establecen nuevos criterios para una atención integral a sus necesidades (ley 1276 de 2009).

### III. EL APORTE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La importancia reconocida al Derecho objetivo, de normas jurídicas formalmente dispuestas por el poder constituyente o por el poder legislativo constituido de aquél, o los poderes de las instancias internacionales, no oculta la notoriedad de la jurisprudencia constitucional como más contundente fuente de Derecho y de derechos y libertades producto del mandato constitucional de respeto y protección de la diversidad y las minorías,

En efecto, ahondo al extraterrestre, a través de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana<sup>34</sup>, se ha dinamizado el discurso constitucional de la pluralidad y el pluralismo, dando mayor extensión y significado positivo a las normas constitucionales y en su caso legales, para reconocer con transparencia y solidez posiciones jurídicas de derechos de los sujetos protegidos, así como posiciones jurídicas de obligación para el Estado y para los particulares. Esto a propósito de eliminar o reducir las condiciones de desventaja, debilidad y vulnerabilidad que someten a aquellos como grupos, comunidades o población.

Con relación a la mujer, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha reiterado su condición de sujeto de especial protección y el deber cierto de aplicar y concretar acciones afirmativas a los efectos de asegurar el acceso a determinados bienes, eliminar las discriminaciones abiertas creadas por las normas jurídicas o por las estructuras que articulan el funcionamiento de la sociedad (Estado, empresas, organizaciones, hogares).

De allí las reiteradas decisiones que procuran atender sus necesidades propias, enderezar las cargas o neutralizar el efecto nocivo de las prácticas sociales<sup>35</sup>, que las han ubicado en posiciones radicalmente desfavorables<sup>36</sup>. Al mismo tiempo, y en línea con los preceptos de carácter general que configuran el discurso de la igualdad y el pluralismo y con la noción plausible de minoría, el juez constitucional ha enfatizado en que dicha protección no minimiza la capacidad y libertad de las mujeres, sino que se orienta o así debe

34. Por vía del control abstracto de constitucionalidad, para cuando la Corte dicta sentencias que estudian la constitucionalidad de normas jurídicas consagradas en leyes, actos reformativos de la Constitución, decretos legislativos, tratados, proyectos de ley estatutaria, etc. Y de manera significativa, por vía del control concreto, de revisión de tutela y en torno de la violación de derechos fundamentales.

35. Vid. por ejemplo, el significado que se otorga a las medidas que buscan eliminar y reparar la violencia (sexual) contra la mujer, en sentencia C-781 de 2012 sobre la “ley de víctimas” y en la C-579 de 2013 sobre el marco jurídico para la paz; también la protección expresa, visible, a la trabajadora sexual en cuanto tal, y también en cuanto a ser mujer, madre cabeza de familia, embarazada, en sentencia T-629 de 2010.

36. Ver en particular el conocido Auto 092 de 2008, en el que como auto de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, destaca el impacto desproporcionado cuantitativa y cualitativamente que el desplazamiento forzado y el conflicto armado ha tenido sobre las mujeres y por lo cual se imponen medidas urgentes y de protección especial por parte del Estado.

serlo, a fortalecerlas para alcanzar la “igualdad real y efectiva”, a través de un mismo trato o de un trato desigual respecto de los hombres<sup>37</sup>. Por la misma razón ha considerado como criterio sospechoso el establecimiento de todo trato diferenciado que no se soporte en razones nítidamente justificativas, se adopte por las autoridades o por los particulares a través de sus todas sus actuaciones<sup>38</sup>.

De singular importancia ha sido la jurisprudencia constitucional laboral que ha consolidado el derecho a una estabilidad laboral reforzada para las mujeres, cuando se encuentran en determinadas condiciones como ser madre cabeza de familia o hallarse embarazada, aunque de esta condición no se haya enterado el empleador al momento de despedirla<sup>39</sup>. Otro tanto se predica de la jurisprudencia que reconoce para la mujer algunos de sus derechos sexuales y reproductivos, incluida la opción de abortar para cuando la vida de la mujer corra peligro, cuando la concepción sea producto de una violación o cuando el feto presente malformación, y de imponer a quienes prestan los servicios de salud pública cargas reforzadas que hagan efectiva dicha posición jurídica de derecho<sup>40</sup>. Desde el análisis e interpretación de Mariana Ardila sobre el derecho humano de las mujeres a la anticoncepción y en general a los derechos sexuales y reproductivos con nítido fundamento en el Derecho internacional de los derechos humanos<sup>41</sup>, esta jurisprudencia –observa ágilmente Ur– escasamente cubre algunos de los ámbitos de derecho y de libertad que deberían ser protegidos. Así es.

Muy valiosa ha sido, en materia de enfoque de género, la jurisprudencia constitucional sobre la mujer víctima de la violencia y del conflicto armado, con decisiones contentivas de mandatos explícitos de protección, de carácter especial para garantizar su vida, reducir su vulnerabilidad, disminuir las cargas en el acceso a medios de subsistencia, ayuda humanitaria y servicios básicos,

37. Muy clara y dicente ha sido a todo esto, la sentencia T-386 de 2013 donde la sala de revisión protege a una mujer viuda frente a su derecho a mantener un puesto de venta de limones en las calles del centro de Cartagena de Indias, al considerar que la Administración había vulnerado sus derechos al mínimo vital, al trabajo, y el principio de confianza legítima de la accionante, pero también a su reconocimiento como mujer y a la necesidad de una política de recuperación del espacio público y formalización económica de vendedoras ambulantes con enfoque diferencial.

38. Ilustrativo de este punto es el caso de la sentencia T-247 de 2010 cuando el juez constitucional dispuso eliminar la discriminación creada por ECOPETROL para acceder a los puestos de vigilancia a mujeres, pues aunque se argumentara la corpulencia y necesidad de fuerza física para cumplir la labor, en el caso no se observó que existieran verdaderas justificaciones para la distinción.

39. Después de mucho trasegar, así se sienta en la sentencia de unificación SU-070 de 2013.

40. Vid naturalmente la sentencia inaugural, C-355 de 2006. Y dentro de las últimas decisiones relevantes, la sentencia T-627 de 2012 que impone restricciones a la procuraduría general de la Nación, contra las posiciones jurídicas de derecho a abortar.

41. Vid. MARIANA ARDILA TRUJILLO. *El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

al igual que para impedir una doble victimización en los procesos penales en los cuales se investigan los delitos cometidos contra ellas y sus familias<sup>42</sup>.

De esta manera, visto con generosidad, la Corte constitucional colombiana incorporaría una incipiente “justicia de género”, que conceptualmente, con CAROLINA VERGEL<sup>43</sup>, se articula la causa de las mujeres con el Derecho y los derechos, como respuesta a la, a decir verdad, pobre protección derivada de las normas legales y su implementación y al activismo militante de los movimientos de mujeres<sup>44</sup>.

Una conclusión semejante arrojan las demás minorías aquí mencionadas.

Se habla de las minorías étnicas, que la Corte entiende con apertura, al provenir de un deber de protección amplio, frente a la desigualdad y discriminación derivada del origen étnico, cualquiera que este sea<sup>45</sup>.

En cuanto a las comunidades indígenas y sus integrantes, la Corte constitucional desde los inicios de la institución<sup>46</sup>, ha venido a decantar sus derechos colectivos e individuales fundamentales, con los que al mismo tiempo se protege su identidad y la calidad de sus relaciones con el Estado y con el resto de la sociedad<sup>47</sup>. Ha fortalecido por ejemplo la figura de la consulta previa como condición habilitante para el trámite de leyes destinadas a la explotación de los recursos naturales de diversa índole<sup>48</sup> o para la concesión

42. Cita en construcción.

43. Vid. CAROLINA VERGEL TOVAR. “El concepto de justicia de género: teorías y modos de uso”. En *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, julio-diciembre de 2011, pp 119 a 146.

44. Vid sobre el particular, ANA MILENA MONTOYA RUIZ. “Recorrido por las políticas públicas de equidad de género en Colombia...”, cit., pp. 303-319. También CAROLINA VERGEL TOVAR. “« Les usages militantes et institutionnels du droit à propos de la cause des femmes victimes du conflit armé en Colombie », tesis doctoral sustentada y calificada con los máximos honores, el 12 de julio de 2013, en la Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, École doctorale de Droit et Science Politique, UFR de Droit et Science Politique (DSP), aún sin publicar.

45. Por ello en sentencia C-359 de 2013, se declaran constitucionales artículos parciales de la Ley 1537 de 2012, “en el entendido de que los criterios de priorización para acceder a los proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario, también deberán tener en cuenta al pueblo Rrom o Gitano y a las comunidades raizales”, por estar igualmente protegidos por lo previsto en el artículo 7º de la Constitución.

46. Desde las sentencias T-428 de 1992, C-139 de 1996, SU 510 de 1998, por ejemplo.

47. A modo de ejemplo, en la construcción del concepto de la autonomía de las comunidades y derechos fundamentales colectivos, la sentencia SU-039 de 1997 que atendió el problema de la explotación de petróleo en el territorio de los Uwa’s; respecto del ejercicio de gobierno y la jurisdicción indígena, el principio de maximización de la autonomía indígena y minimización de las restricciones para juzgar a sus propios miembros, la sentencia T-617 de 2010, que reconoció competencia a una comunidad indígena para conocer y sancionar delitos contra la integridad sexual. Sobre el derecho a la formación de resguardos como elemento esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes, sentencias T-342 de 1994; T-188 de 1993 T-342 de 1994 y T-652 de 1998. En torno al derecho colectivo a la subsistencia como derecho deducido directamente del derecho a la vida y de especial protección por tratarse de comunidades indígenas específicamente; y la propiedad colectiva de los recursos naturales, sentencia C-461 de 2008.

48. Por ello, mediante sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-702 de 2010 y C-366 de 2011, se han declarado inexecutable, en su orden, la Ley General Forestal, el Estatuto de

de licencias de explotación de tales recursos, a falta de una normatividad que establezca principios, criterios de aplicación, un procedimiento y garantías para su desarrollo<sup>49</sup>.

También desde la jurisprudencia constitucional se ha robustecido la protección de la autonomía de las comunidades indígenas en otros ámbitos propios de su cosmovisión, a los efectos de asegurar la autocomposición de su propio orden jurídico, social-espiritual<sup>50</sup>, político e incluso económico<sup>51</sup>, cuya validez y eficacia normativa se determina dentro de los amplios límites que determina el principio de maximización de la autonomía y de minimización de sus restricciones<sup>52</sup>, a mayor grado de preservación de la identidad, y viceversa. Lo anterior sin olvidar la protección ofrecida a los indígenas como comunidad y como individuos, a fin de asegurar sus derechos fundamentales colectivos y personales<sup>53</sup> y las garantías, discriminaciones positivas

Desarrollo Rural, el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009 y la Reforma al Código de Minas. Véanse también T-129 de 2011.

49. A este respecto es que ha construido un verdadero régimen jurídico en el que se establece cuándo se debe aplicar ese procedimiento, qué derechos y reglas esenciales del debido proceso se deben aplicar, hasta dónde se debe procurar la aceptación de la comunidad, cuándo puede el Estado sobreponerse a ella, cuándo debe ceder, cómo actúa la comunidad en la consulta, su participación directa o por vía de representación, así como los efectos jurídicos de no efectuar la consulta o de efectuarla sin garantías. Vid. entre otras, sentencias T- 823 de 2012, T-348 de 2008, T-376 de 2012, T-698 y T-693 de 2011.

50. Ver por ejemplo las sentencias SU-580 de 1998, reiterada hace poco en sentencia T-349 de 2008, en la que se admite la restricción de la libertad de cultos e incluso la expulsión del territorio de miembros de la comunidad Arhuaca que profesan la religión cristiana-evangélica, por significar una afectación y peligro para mantener las creencias ancestrales y sagradas de la comunidad.

51. Véanse por ejemplo la sentencia T-009 de 2007 que excluye la aplicación del derecho laboral común al interior de la comunidad, no obstante señalar la importancia de que se atienda el principio de remuneración al trabajo, según los usos y costumbres de la comunidad. También la sentencia T-903 de 2009, que advierte sobre la imposibilidad prima facie de acceder a derechos de propiedad privada, al interior del territorio de un resguardo.

52. Protección del derecho a la vida (C.P., artículo 11), prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29), como derechos sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural y que resultan intangibles también para las culturas indígenas. Vid. por ejemplo, sentencias T-617 de 2010, T-973 de 2009, T-349 de 1996.

53. La Corte recordó en la sentencia C-175 de 2009, que:“(i) las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la comunidad y también a la sumatoria de aquellos; y (iii), no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales; y agregó que ese reconocimiento tiene consecuencias políticas y jurídicas de gran alcance, entre las que cabe destacar; (iv) el rango de norma constitucional de esos derechos; (v) la procedencia de la acción de tutela para su protección; y (vi) la necesidad de que los conflictos entre estos derechos y los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de una comunidad indígena se resuelvan mediante ponderación o reiteración de las subreglas sentadas por esta Corte, y no mediante el principio de jerarquía normativa”. Y al ser reconocidos como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, se reconoce la existencia de patrones históricos de discriminación



y acciones afirmativas que reclaman como sujetos de especial protección<sup>54</sup>, frágiles pero a la vez enormemente ricos en cuanto a lo que representan como riqueza cultural<sup>55</sup>.

Y por causa de la historia patria, igualmente trascendental ha sido la jurisprudencia de la citada Corte, en la salvaguardia específica contemplada en favor de las comunidades indígenas, frente a la situación preocupante a la que se han visto sometidos con ocasión del conflicto armado, la violencia y el desplazamiento forzoso de sus territorios<sup>56</sup>.

Con relación a los afrocolombianos en sus distintas variantes, la jurisprudencia constitucional no ha dudado en asegurar su protección como minorías, a través de la aplicación de los derechos propios pero a la vez comunes reconocidos a las minorías indígenas. En el marco de lo anterior, la Corte constitucional ha asegurado sus derechos a la representación política, a la salvaguarda de su patrimonio e identidad cultural<sup>57</sup> objetiva o subjetiva<sup>58</sup>, colectiva e individual<sup>59</sup> y de la propiedad colectiva sobre sus territorios, a más de la imposición de obligaciones a distintas autoridades públicas para que se adopten acciones efectivas para reparar la persistente marginación social de la que han sido víctimas<sup>60</sup>.

Sus decisiones han resultado determinantes a la hora de disponer órdenes concretas para asegurar la consulta previa, libre e informada de sus comunidades, necesaria para la explotación de los recursos naturales que reposan sobre tales territorios, no obstante las dificultades que dispone su particular organización comunitaria<sup>61</sup>. Lo mismo respecto de los pronunciamientos en los cuales se ha protegido a la persona perteneciente a tal minoría, de los actos que otrora habrían hecho parte de la autonomía de la voluntad en el manejo de los negocios y asuntos propios del particular, o fruto de la discrecionalidad de la autoridad administrativa, pero que al suponer un trato discriminatorio

aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas, además de la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía, bien por la presión sobre la explotación de sus recursos, bien por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes.

54. Véanse sentencias T-482 de 1992 y T-235 de 2011.

55. Véase sentencia T-384 de 1994.

56. Sobre este último particular, se destaca el Auto 004 de 2009 en el que la Corte aborda el riesgo del exterminio de algunas comunidades, bien desde el punto de vista cultural por el desplazamiento y dispersión de sus miembros, bien desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes, frente a lo cual se adoptan medidas de distinta naturaleza.

57. Véanse sentencias T-955 de 2003 y T-1090 de 2005.

58. Véase sentencia C-169 de 2001.

59. Véase sentencia T-375 de 2006.

60. Por ejemplo sentencia T-422 de 1996.

61. Esta ha sido la razón por la cual decisiones tan importantes como las de los casos de.



se excluyen de ámbitos de liberalidad<sup>62</sup>. Y también, por supuesto, los que han provisto medidas para los afrocolombianos como poblaciones grave y notoriamente afectadas por la violencia y el desplazamiento forzado<sup>63</sup>.

En cuanto a los discapacitados, el alto tribunal constitucional también ha sido protagonista jurídico en reforzar-concretar acciones afirmativas desde la Constitución, para enfrentar principalmente la propensión social al rechazo existente sobre ellos, por temor o desconfianza ante su diferencia<sup>64</sup>. Se incluye en este grupo, la sólida jurisprudencia en favor de las personas portadoras de síndrome de inmunodeficiencia VIH, cuya afectación a la salud va acompañada, en adición, de la discriminación social<sup>65</sup>.

Se han afianzado así, prácticas de inclusión que les permitan desarrollarse libremente en el margen de sus limitaciones<sup>66</sup>, con instrumentos jurídicos en favor de su dignidad como personas<sup>67</sup>, prestaciones más exigentes en derechos sociales (como educación y salud<sup>68</sup>), eliminación de barreras en los diferentes ámbitos en los que las personas discapacitadas pueden desplegarse como sujetos de derecho<sup>69</sup>, aplicación menos rígida de las normas jurídicas que les obligan<sup>70</sup>, así como de nuevo limitación de las libertades de los particulares o poderes de las autoridades, especialmente en el ámbito laboral, en tanto que su ejercicio pueda significar exclusión o discriminación de los discapacitados, por el simple hecho de su condición física o psíquica<sup>71</sup>. Al

62. Obsérvese el tratamiento e interés ofrecido por la Corte en sentencia T-691 de 2013, al reclamo de un muchacho universitario negro, con motivo de una explicación de carácter técnico de un profesor, en la que se incluyen alusiones innecesarias al trabajo “de negro” o “negrero”, reconocidas como discriminatorias y meritorias de medidas de reparación.

63. Véase Auto 384 de 2010 de la Sala de Seguimiento, Corte Constitucional.

64. Véase sentencia T-826 de 2004.

65. Un aspecto importante de dicha protección se ha producido con relación a la concesión de la pensión de invalidez, pues como se ha dicho en sentencia T-692 de 2010, “cuando a ella se le ha determinado una fecha de estructuración de su estado en forma retroactiva, es decir, en un momento anterior a la fecha en que se realiza el dictamen, a pesar que durante ese tiempo la persona ha mantenido sus capacidades funcionales y ha seguido cotizando al sistema, los aportes que ha realizado en ese lapso de tiempo deben contarse para determinar si cumple con las semanas requeridas para el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez”.

66. Véase sentencia C-076 de 2006.

67. En ese sentido por ejemplo, se interpretó el carnet con que según la ley 361 de 1997, se identifican las personas con discapacidad, estimado por tanto como constitucional en sentencia C-606 de 2012.

68. Por ejemplo en materia de educación –para personas con discapacidad o incluso con condiciones excepcionales– T-560 de 2010, o de tratamientos integrales para la salud ante la ineficacia de los tratamientos comunes, T-974 de 2010.

69. En la sentencia T-030 de 2010 se ordenan ejecutar unas partidas presupuestales para adecuar ciertas instalaciones públicas para que una vendedora en silla de ruedas (y las personas que se encuentran en igual situación), pueda acceder en igualdad de condiciones a realizar su actividad económica para ganarse la vida.

70. Véanse sentencias T-777 de 2009 y T-200 de 2011.

71. Véase sentencia T-1118 de 2002.

menos en términos de pretensiones judiciales, las acciones afirmativas o medidas preventivas se reconocen sin paternalismos, para el desarrollo de sus capacidades, sin propender por el abuso del derecho, ni a la imposición de exigencias extremas sobre los intereses generales<sup>72</sup>.

Y respecto a los adultos mayores, asunto frente al cual, como se ha visto, la legislación ha sido especialmente escasa, han sido las subreglas creadas por la jurisprudencia las que han servido para ofrecer los tratos diferenciados que los mismos requieren, dada su imposibilidad física y en su caso legal (edad de retiro forzoso) para trabajar, con riesgo para sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y en definitiva al desarrollo de lo que resta de su existencia, en condiciones de dignidad humana<sup>73</sup>. De ahí que la defensa de sus derechos y el ejercicio de sus posiciones jurídicas iusfundamentales haya requerido decisiones judiciales por las que se sometían a exigencias menores<sup>74</sup>, así como mayor diligencia en el cumplimiento de las prestaciones y servicios a cargo del Estado<sup>75</sup> y naturalmente deberes para los particulares<sup>76</sup>.

Pero no se queda aquí la contribución del juez constitucional, pues donde más indispensable ha sido, es en la atención de otras minorías invisibilizadas por el Derecho y la democracia representativa. Se habla en particular de la población LGBTI, uno de los casos significativos de ese fenómeno no-normativo, que ni siquiera incluye la Constitución explícitamente, aunque su protección se encuentre implícita en la cláusula del Estado social de derecho pluralista, en los principios de igualdad y de prohibición de discriminación, por cualquier causa y en el derecho libre desarrollo de la personalidad.

La falta empero de una protección constitucional textual y los prejuicios morales y sociales que han arropado la aproximación a esta realidad humana también en la sociedad colombiana han determinado que el legislador colombiano al hilo de lo que ocurre incluso en la comunidad internacional<sup>77</sup>,

72. Es el caso vrg. de admitir la idoneidad física como requisito condicional para ser considerado apto como padre o madre adoptante, de la sentencia C-804 de 2009.

73. Véanse sentencias C-458 de 1997; T-1008 de 1999 y T-548 de 2010.

74. Véanse sentencias T-111 de 1994; T-580 de 2005 y T-668 de 2007.

75. Véanse sentencias T-719 de 2003 y T-315 de 2011.

76. Un ejemplo valioso, la sentencia T-136 de 2013, en la que la Corte atiende un problema derivado de un contrato de seguros, donde se explica cómo el mercado, el sector financiero bancario y asegurador, deben actuar conforme a las líneas normativas constitucionales, donde, vrg., respecto de los consumidores-financieros y más aún cuando son adultos mayores, pues más que contratantes, son sujetos de especial protección también para la empresa porque muchas facetas de la vida de consumo de bienes y servicios que adquieren, pueden ser reflejo de facetas de derechos fundamentales. Por ello en ese asunto, restringe la aplicación de una cláusula por la que aseguradora se exime del deber de pago, con efecto absolutamente desfavorable para el tomador, y ordena a aquella a pagar la póliza reclamada, para la satisfacción del saldo insoluto de un crédito con un banco que tenía el accionante.

77. En el Derecho internacional de los Derechos humanos, tampoco existen tratados serios y vinculantes para los Estados en los que se consagren obligaciones de protección efectivas frente a la discriminación de esta población. Sólo existe una Declaración de la ONU sobre

no haya previsto hasta ahora –salvo el delito autónomo atrás señalado para cualquier actos discriminatorios, incluida la orientación sexual diversa– medidas concretas de protección.

Con este grupo poblacional ha sido sólo el juez constitucional quien, paso a paso, ha ido construyendo una doctrina de inclusión de sus miembros dentro de los ámbitos de protección de los más de los derechos. Primero con timidez, para proteger la opción individual como manifestación de la libertad protegida por ese solo hecho de discriminación<sup>78</sup>, mas sin admitir que dicha libertad pudiese al mismo tiempo generar protección de otros derechos sociales fundamentales derivados de las relaciones de pareja homosexual constituida. Y mucho después, abiertamente desde el año 2007, cuando se inicia un cambio jurisprudencial por virtud se admitió un trato igualitario la protección patrimonial de la pareja<sup>79</sup>, hasta llegar a las decisiones más recientes<sup>80</sup> en las cuales se habla en plata de la familia homoparental y del derecho a constituir una familia<sup>81</sup>, incluida la opción de conformarla mediante un contrato equiparable al que existe para las parejas heterosexuales<sup>82</sup>, o la imposibilidad de negar la adopción de menores por el sólo hecho de la homosexualidad<sup>83</sup>. Esto es, una jurisprudencia constitutiva, que aunque mantiene temerosamente el supuesto de la desigualdad, de que las parejas homosexuales no son iguales

orientación sexual e identidad de género, que como iniciativa presentada por Francia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas a fines de 2008 y suscrita por cerca de 70 Estados.

78. Véanse, por ejemplo, las sentencias T-097 de 1994; T-539 de 1994; C-481 de 1998; C-507 de 1999 y T-618 de 2000.

79. En este año, con sentencia C-075, admitió que no existía justificación ninguna para negar un trato análogo en dicha materia a las parejas homosexuales, respecto de las parejas heterosexuales. En la sentencia C-811 de 2007, se aplicó de nuevo este principio, con relación al derecho a la afiliación de la pareja como beneficiario del régimen contributivo de salud. Luego la sentencia C-336 de 2008, incluye el derecho a la sustitución pensional a favor de la pareja homosexual sobreviviente y mediante la C-798 de 2008 se extiende a tales parejas la sanción punitiva por incumplimiento de la obligación alimentaria. La sentencia C-029 de 2009, a su vez aplicó el criterio de trato análogo a un extenso grupo de disposiciones relacionadas con asuntos de orden civil y de familia, administrativo, penal y sobre el derecho a la seguridad social. Vino luego la sentencia C-283 de 2011 (vid. comunicado de prensa del 13 de abril de 2011) que admitió dentro de los derechos de estas parejas el de la porción conyugal, resultado de su reconocimiento en cabeza de las uniones maritales de hecho.

80. Véase sentencia C-577 de 2011.

81. Como lo determina el concepto de Estado plural y las múltiples manifestaciones sociológicas de las relaciones de unión, permanencia, solidaridad que establecen este vínculo social.

82. Sentencia C-577 de 2011.

83. Vid. sentencia T-276 de 2012. Es cierto que en este caso la decisión del juez no aborda directamente el asunto desde esta perspectiva, quizás como estrategia para obviar la acalorada y prejuiciosa discusión que el asunto genera. De allí que la misma Corte garantista lleve tres años resolviendo otro caso de adopción al interior de una familia de lesbianas, aunque exista a la fecha, según informes de prensa, una ponencia positiva. Vid. *El Espectador*, edición digital, 16 de noviembre de 2013, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-aprobaria-adopcion-parejas-del-mismo-sexo-articulo-458764?page=2>

per se a las heterosexuales, a falta de razones que lo justifiquen, fuerza a proveer un trato jurídico análogo o asimilable.

En lo que hace referencia a la definición de medidas específicas y particulares para atender la diversidad que representa la orientación e identidad sexual no común que observan, las decisiones del juez constitucional son menos visibles, aunque puedan destacarse alguna relacionada con la incorporación de reglas específicas en los centros de reclusión penitenciaria para el tratamiento de las personas internas de dicha identidad u orientación, que resulten compatibles con sus derechos y su condición<sup>84</sup>, órdenes tanto a las autoridades públicas como a los particulares (empresas de vigilancia) para que impartan a sus trabajadores cursos de sensibilización especial sobre los derechos de la población LGBTI y el imperativo de su no discriminación<sup>85</sup>. En fin, la diferencia de trato impuesta en la prestación de los servicios de salud, en particular para las personas “transexuales”, a los efectos de adecuar su cuerpo a su género cerebral, excluyendo que allí se trate de intervenciones farmacéuticas o quirúrgicas de carácter estético, sino parte de la prestación integral del servicio y del derecho social fundamental que de modo específico requieren las personas que poseen esa condición<sup>86</sup>.

También podría destacarse su jurisprudencia sobre población recicladora<sup>87</sup> y población reclusa<sup>88</sup>, aunque puedan considerarse casos no propiamente ilustrativos de la noción de minoría (bu...), mas sí de la exigencia de un trato singular por parte del Derecho que el Derecho objetivo no ha dispuesto.

Y como corolario de las bases de la intervención del juez constitucional en la construcción del discurso jurídico de la diversidad y las diferencias, sus decisiones han sido determinantes en la introducción de la problemática de la múltiple diversidad o de la diversidad dentro de la diversidad, especialmente en el estudio de casos de revisión de tutela. Con ello la Corte ha respondido a las exigencias que se acumulan en un individuo o un grupo de individuos, que obligan a la interconexión de derechos propios y de obligaciones, para ordenar la concepción de fórmulas más especializadas por las autoridades públicas<sup>89</sup>.

De modo particular, bajo el espectro del conflicto armado, la violencia y la guerra, como escenarios en donde hasta ahora, sólo el juez constitucional se había ocupado con decisión del complejo y delicado tratamiento con enfoque

84. Vid. sentencia T-062 de 2011

85. Vid. T-062 de 2011 y T-909 de 2011.

86. Vid. sentencias SU-337 de 1999, T-876 de 2012, T-918 de 2012.

87. Vid. sentencias T-291 de 2009, T-724 de 2003 y sus autos de seguimiento A-268 de 2010, A-275 de 2011.

88. Vid. en especial sentencia que declara el estado de cosas inconstitucional relacionada xxxx

89. Como ocurrió en el caso T-294 de 2013, de una persona invidente, protegida en su trabajo como maestro, aún con posterioridad a la edad de retiro forzoso, hasta que le fuera reconocida su pensión.

diferencial<sup>90</sup> por ejemplo de mujeres afrocolombianas o indígenas, discapacitadas, menores de edad o ancianas, madres cabeza de familia, víctimas del desplazamiento, todo a la vez, todo agravando y agregando razones para una intervención fuerte y directa por parte del Estado<sup>91</sup>.

En su conjunto pues, cierro el punto para Ur, la jurisprudencia constitucional ha hecho un aporte esencial en la concreción jurídica del principio del pluralismo y el respeto y protección de la diversidad, a través de una interpretación abierta de la Constitución, para reconocer y para estimar los niveles de exigibilidad que se deriva de los mandatos normativos constitucionales.

#### IV. POR QUÉ LO ANTERIOR RESULTA TAN INSUFICIENTE. DIFICULTADES PRÁCTICAS DE LA DIVERSIDAD E IMPERATIVOS PARA EL ESTADO APARATO Y PARA LA SOCIEDAD MISMA

Al preguntar a Ur sobre cómo le parece lo anterior que se acaba de exponer, dice que lo establecido en la Constitución colombiana de 1991 y los tratados de derechos humanos, lo que mucho y poco concretado por el legislador y finalmente lo mucho que ha hecho el juez constitucional en materia de diversidad y minorías, resultarían apenas consecuentes con tales supuestos. De ahí la obviedad que encuentra de que se conciban para ellas, ámbitos de representación para la toma de decisiones, garantías para el ejercicio efectivo de sus libertades y derechos individuales, para la satisfacción de las necesidades en que se basan sus derechos sociales, económicos y culturales y de sus derechos propios, colectivos o de cada persona, con la totalidad de medidas que sean adecuadas, necesarias, efectivas, proporcionales, que logren imprimir a la condición minoritaria ventajas jurídicas-materiales restitutorias, complementarias, reparadoras, indispensables dada su condición vulnerable, competencias y funciones que las concreten y aseguren, así como límites a derechos y poderes.

Por lo mismo, al extraterrestre no le resulta fácil comprender por qué la diferencia individual o grupal por condiciones naturales, comportamentales e incluso espirituales respecto de la generalidad, sigue siendo no protegida<sup>92</sup>,

90. Desde la sentencia T-025 de 2004, aparece este concepto en la jurisprudencia y de allí, todas las menciones de la jurisprudencia de la Corte constitucional están asociadas al desplazamiento forzado. Vid. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/query.idq>; búsqueda “enfoque diferencial” and “desplazamiento forzado”.

91. Vid. por ejemplo, sentencia T-973 de 2011 el caso del derecho de acceso a la justicia amparado con la decisión de la Corte, para el real juzgamiento del autor del delito de acceso carnal contra una menor de edad, discapacitada y desplazada.

92. Incluso en la gloriosa cifra del desempleo de un dígito anunciada por el Gobierno, el DANE reconoce por ejemplo, que en el período septiembre-noviembre 2011, la tasa para hombres fue del 7%, mientras que para mujeres fue del 12,4%. Vid. DANE, “Estadística sobre la diferencia de Género en el entorno laboral en Colombia en las principales ciudades”, 2010. Dato que contrasta con la información proveniente de la OIT, donde se señala que en América Latina

desprotegida, así como en algunos temas y sin sonrojos, materia de cuestionamiento y discusión política (y social<sup>93</sup>). Y más estupor le causa saber que las minorías mencionadas por la Constitución, son precisamente las víctimas persistentes y preferidas del conflicto interno, la violencia y el despojo y sobre ellas reposan las mayores violaciones de derechos en el Estado colombiano<sup>94</sup>.

Ante tal reacción enteramente comprensible, busco para terminar este ejercicio explicativo básico, razones que le hagan entender al extretreterrestre tanta inconsistencia comenzando por el escaso poder transformador de las normas del Derecho internacional, constitucional, legislado o jurisprudencial, todas vinculantes y exigibles, para que sigan muchos miembros de la sociedad colombiana (y del mundo de países con Estados constitucionales) sometidos grosso modo a un poder autoritario, política y socialmente organizado a través de élites, no representativo.

Para tal fin, le ofrezco con la misma simpleza del principio, tres explicaciones de las muchas posibles: la vigencia del pensamiento único y de poderes dominantes; las insuficiencias inherentes al Derecho objetivo y al derecho jurisprudencial; la falta de una gestión pública del asunto a través de políticas públicas y con ello la insuficiente “lucha por el Derecho”.

La segunda explicación destaca que la diversidad y el respeto a las minorías no se logra desde el Derecho del legislador ni desde el Derecho de los jueces constitucionales, por causas visibles como son la falta de representatividad y legitimidad democrática del Derecho objetivo y la insuficiencia institucional del derecho de los jueces.

Las normas de desarrollo constitucional de la diversidad, de aplicación de los tratados de derechos humanos que obligan al Estado a tomar medidas en favor de los grupos discriminados y las minorías, son elaboradas por un

en general, también Colombia, “las diferencias de nivel educacional en la fuerza de trabajo son favorables a las mujeres: 22,8% de ellas tienen 13 o más años de educación, mientras que solo 16,2% de los hombres alcanza o supera este resultado”. Vid. CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT. Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe. Santiago, CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT, 2013, p. 37.

93. La arrogante intención política de llevar a reformas constitucionales o leyes de prohibición, el matrimonio homosexual y el aborto, por ejemplo.

94. Con el respaldo de la investigación que lo precede dice el Informe “Basta ya”: “Hurgando en la memoria del conflicto armado, las víctimas también mencionaron las múltiples violencias. Por eso al reflexionar sobre la guerra también se habló de inequidad, discriminación, racismo y sexismo. Si bien la violencia ha afectado a toda la sociedad, se ha ensañado de manera más cruenta con los excluidos y los vulnerados. Nadie ha estado exento de la guerra, es verdad, pero los informes y los datos que registran las violaciones a los Derechos Humanos constatan que la guerra no ha afectado a todos por igual. La guerra recae especialmente sobre las poblaciones empobrecidas, sobre los pueblos afrocolombianos e indígenas, se ensaña contra los opositores y disidentes, y afecta de manera particular a las mujeres, a los niños y niñas”. En Centro Nacional de Memoria Histórica. “¡Basta ya! Memorias de guerra y dignidad”. Bogotá, Imprenta Nacional, 2013, p. 25.

Congreso que no es enteramente representativo de la sociedad colombiana y su diversidad<sup>95</sup>. Adicionalmente, porque el legislador en su función constitucional de configuración concreta del Derecho, se encuentra sometido a la “preponderancia” del Gobierno en la iniciativa legislativa y a su dictadura fiscal o presupuestal, auspiciadas ambas por la propia Constitución (arts. 154, 339, 345-346).

Por ello, aunque se hayan dictado algunas normas generales o especiales al servicio de los derechos de las minorías, las áreas que cubren son estrechas<sup>96</sup> o inconsistentes<sup>97</sup> y además, al no articularse intensamente con los presupuestos, planes y programas específicos, no pasan de ser decisiones programáticas. El diseño normativo de la democracia representativa es así incompleto, asimétrico, deforme y facilita la creación de un Estado legal muy

95. Porque si bien en el Congreso hay mujeres, indígenas, afros, e imagino que homosexuales escondidos en el armario –Ur me observa con perplejidad– son minorías parlamentarias extremas o en el peor de los casos, su trabajo parlamentario no representa a las minorías, sino a los grupos hegemónicos de todo orden. Un triste reflejo se apreció en los casos de parapolítica relacionados con las congresistas KARELLY PATRICIA LARA VENCE, ELEONORA PINEDA, ROCÍO ARIAS, o con el representante afrocolombiano por el Valle del Cauca, JUAN CARLOS MARTÍNEZ SINISTERRA.

96. Es el caso en particular de la ausencia por 22 años, de normas orgánicas de ordenamiento territorial que creen los territorios indígenas, como forma de afianzar su autonomía. Al respecto, comenta Fals Borda: “ (...) la Ley debería reflejar esas grandes necesidades de ajuste en la distribución de los espacios con revisión de límites y otras concepciones geopolíticas, de tal manera que aparezca un mapa oficial más ligado a la realidad y que, por lo tanto, facilite el buen gobierno y corrija los defectos de desequilibrio regional que hoy existen./Debe ser, pues, una ley amplia y profunda en sus efectos, incluyendo los efectos electorales de circunscripción electoral./Por este último aspecto se han frustrado los proyectos sucesivos que se han presentado al Congreso, ya que los padres de la Patria no comprenden con suficiente amplitud la necesidad de revisar los espacios de su influencia política./Las primeras leyes, en la época de la Comisión de Ordenamiento Territorial, se acercaron bastante a esta visión geopolítica pero, por una u otra causa, a veces accidental, no lograron culminar su proceso legislativo. En cambio, las que siguieron fueron mucho más parciales y sectoriales y, por lo tanto, no merecían el título de orgánica. Hay 16 de tales leyes, llamadas orgánicas, que en verdad son sectoriales y que no lograron tampoco ser aprobadas en el Congreso./ (...) esta situación se debe a una miopía política de parte de los congresistas que, bien o mal, entienden que al variar los límites de las circunscripciones departamentales y municipales que son defectuosas se afectarían las votaciones y las bases de su poder político. Entonces, lo ven como una amenaza, un riesgo que no quieren correr” [voilà la voix du peuple, la volonté générale]. En “Las Caras de la Moneda: Entrevistas a Alberto Mendoza y Orlando Fals Borda”. Revista de la Información Básica, DANE, vol 1, no. 2, diciembre 2006, consultada en [http://www.dane.gov.co/revistaib/htmlr2/potadilla\\_r2.htm](http://www.dane.gov.co/revistaib/htmlr2/potadilla_r2.htm).

97. También de la suscripción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, firmada pero con reservas por el Estado colombiano en 2010, por preceptos como el contemplado en el artículo 32.2 de la Declaración, según el cual “(...)2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.



distante del Estado Constitucional, social de derecho, sentado en el respeto y protección de la diversidad y en el principio de la dignidad humana.

De este modo, se produce un axioma falso con relación a la legitimidad atribuida a la ley, esto es al legislador, pues su papel político, pluralista, deliberativo, público, está funcional e institucionalmente desvirtuado.

Aparece sin embargo el juez constitucional y su jurisprudencia complementaria o supletiva, Estado constitucional en una de sus versiones más osadas: que sea una autoridad judicial, más que el propio legislador y su (amplio) poder de configuración normativa, quien por vía de la administración de justicia defina el orden jurídico (político, económico) que atiende la diversidad dentro de una sociedad políticamente organizada bajo un mismo poder estatal.

El protagonismo judicial de la Corte Constitucional con respecto a las minorías, también admite cuestionamientos de corte democrático y desde el principio del control y límites al poder público, aunque no por ello es censurable, pues actúa, precisamente, por la falta de democracia representativa en las decisiones del legislador y ejecuciones de la Administración o actuaciones del mercado. Esto justifica que adopte decisiones determinantes sobre la ley o los actos legislativos, o, sobre situaciones jurídicas concretas de la vida de las autoridades públicas, la sociedad, las empresas.

Dicho con sencillez, la Corte constitucional colombiana, la importancia del juez constitucional en materia de diversidad (como en otros casos) ha operado, no porque así deba ser –en general otra vez–, sino porque le toca. Es decir, porque no lo hacen los que lo tienen que hacer, a pesar de poseer mejores poderes para ello, y porque en un Estado constitucional cierto en materia de derechos humanos, lo que cuenta no son (solo) las manifestaciones lingüísticas plasmadas en muchos tipos de actos jurídicos escritos y las competencias naturales, sino (ante todo) los resultados que muestren niveles de realización-satisfacción medibles de los derechos reconocidos para no desamparar a su suerte a los grupos minoritarios. Pues, a falta de pan buenas son tortas.

No quiero minimizar el inmenso significado autónomo que la justicia constitucional en toda su extensión teórica, conceptual e institucional ha tenido para el Estado y para el Derecho. Sólo quiero enfatizar en que el Estado constitucional no deja de partir del supuesto de problemas o realidades como los de la diversidad por ejemplo, que exigen ponderaciones complejas, difíciles para la toma de decisiones jurídicas y la adopción de acciones, con efectos nacionales y locales que los atiendan, serían en principio mejor resueltos, cómo no, con amplia participación y representación de los sujetos de derechos, de las diferencias y de los intereses encontrados. Esto es, con enfoque diferencial normativo y positivo, de políticas públicas, mucho más completo que con el foco que ofrece un debate sobre problemas jurídicos



objetivos o subjetivos concretos, por más audiencias públicas, pruebas o conceptos que se alleguen al proceso.

Pero a falta de pan, de tales foros o espacios representativos de deliberación, decisión y actuación o de su existencia insuficiente, buenas son tortas, las del juez constitucional, llamado a hacer cumplir la Constitución desde su deber último, para ahondar o configurar las posiciones jurídicas de libertad fáctica individual, autonomía comunitaria, igualdades y desigualdades múltiples exigibles, correcto ejercicio y articulación solidaria de los derechos-competencias-deberes-obligaciones, en defensa y protección del pluralismo, la no discriminación y las minorías.

A esto lo llama JUAN CARLOS HENAO<sup>98</sup>, una función “ineluctable”: “ (...) las fallas en los procesos decisorios o los problemas derivados de ellas, que restan legitimidad por el incumplimiento del Estatuto Fundamental, han convertido a la Corte en un foro donde también se toman decisiones de política pública”<sup>99</sup>. Por ello a la Corte constitucional por la naturaleza de su función, se involucra en política, derivada “‘más bien, del creciente involucramiento de la, jurisdicción en los conflictos sociales o en temas políticos y sociales no resueltos (o mal afrontados) en su debido nivel político general’ (BECKER, 2001, 499-515<sup>100</sup>)”.

Es comprensible, también lo apreciará le extraterrestre –quien asiente–, que al tener que cumplir una función que no le es propia, sea reticente en asumir la competencia por razón de la fuerza vinculante del orden superior –interno e internacional– y en muchos casos se contenga en asumir conocimiento o en lo que ordena.

Esto explica las muchas deferencias del juez constitucional con el legislador para que determine igualdad o diferencias justificables y la correspondiente aplicación excepcional del test intenso de igualdad a casos donde se presentan criterios sospechosos de discriminación; así lo determina, dice el juez constitucional una y otra vez, su talante democrático y así se refleja en sus amplios poderes de configuración legislativa. Y da cuenta de por qué de nuevo el juez de la Constitución, no se reconoce habilitado por ella para declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

Del mismo modo, quizás con cierta afectación heróico-mítica<sup>101</sup>, anuncia los amplios (autocráticos) poderes que en materias económicas se reconoce a

98. Vid. JUAN CARLOS HENAO. “El juez constitucional: un actor de políticas públicas”. En *Revista Economía Institucional*, vol. 15, n.º 29, segundo semestre/2013, pp. 67-102.

99 Idem, p. 71.

100. Se cita a G. BECKER. “El papel de la justicia constitucional en el sistema político, El caso Paraguay”, AA.VV. (2001).

101. Empleo la descripción del mito del héroe de Carlyle, descrita por Cassirer. Vid. ERNST CASSIRER. *El mito del Estado*. México, F.C.E., (1946), 1985, pp. 222 y ss.

las instituciones democrático-representativas del Congreso y (a decir verdad) del Presidente de la República y del Gobierno<sup>102</sup>.

Su condición supletoria, ofrece igualmente razones para entender por qué sus decisiones más activistas se hallan en las sentencias de tutela, que resuelven en sentido estricto con efectos *inter partes*<sup>103</sup>, salvo el caso poco frecuente de las sentencias con efectos *inter pares* o *inter communis*, o de las estructurales o que conforman políticas públicas, decisiones que por lo demás, se producen in articulo mortis, o sin exagerar, en situaciones sociales límite como el “estado de cosas inconstitucional”, o la necesidad de evitar perjuicios irremediables. Se comprende en fin que los derechos sexuales y reproductivos que haya protegido la Corte constitucional sean, a decir verdad, muy escasos por dramáticos, como lo es la sociedad de hombres y –oh! pesar- también de mujeres que bajo un supuesto no justificado de superioridad moral, pretenden imponen a la mujer decisiones y cargas determinantes sobre su existencia.

Por lo demás, en materia de resultados, aunque las sentencias del juez constitucional afinan las posiciones jurídicas de derecho y de obligación, en particular en estos casos estructurales, lo que las salas de seguimiento muestran no es tanto el amplio cumplimiento de sus órdenes, sino lo contrario, las crecientes dificultades para adecuar el mandato judicial iusfundamental a las políticas públicas, a los planes y proyectos<sup>104</sup>. Lo mismo ocurre cuando la Corte ha asumido de veras y directamente tensiones fuertes, como la existente entre el principio de protección de la diversidad étnica y cultural y los derechos colectivos (e individuales) de las comunidades indígenas y la salvaguarda de los intereses generales que representa el Estado (relacionados con la búsqueda del desarrollo, el crecimiento de la productividad y la competitividad, la ocupación plena del recurso humano y la explotación de los recursos naturales renovables o no) para los efectos de la consulta previa<sup>105</sup>;

102. No es por ello casual que en decisiones trascendentales como las relacionadas con la minería, la Corte adopte posturas como la de la sentencia C-339 de 2002 que declaró exequibles algunas disposiciones de la ley 685 de 2001 (Código de Minas), que admitían implícitamente la reversibilidad de ámbitos de protección de derechos ambientales, sin considerar suficientemente la importancia de preservar los recursos naturales protegidos por las comunidades indígenas. O la de la C-196 de 2012, que declarara constitucional el Convenio Internacional de maderas tropicales, al estimarse que no se había vulnerado el requisito de la consulta previa, por ser un asunto que las afectaba a los indígenas de la misma manera que lo hacía con relación a los demás asociados, argumentación que se retoma en sentencia C-068 de 2013, que rechaza el mismo cargo para el régimen de transición introducido sobre una ley de regalías.

103. De modo que con el tango Cambalache de Enrique Santos Discepolo, de 1934, “el que no llora no mama”, o sin música, que en sustancia triunfa en la protección de los derechos derivados de su diversidad quienes o quienes son reconocidos como partes actoras del proceso.

104. Cita en construcción.

105. Al punto de que ya por unas u otras razones comienzan a verse al respecto discursos jurisprudenciales regresivos. Vid la intervención de CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (Universidad de los Andes y Dejusticia), en el IX Conversatorio de la jurisdicción constitucional, 2013, 6º

también como se ha visto, en la decisión que atiende la contradicción existente entre el mandato de inclusión de la población recicladora como sujeto social y ambiental de especial protección y el mandato (legal) de libre competencia imperfectísima en la prestación del servicio público domiciliario de aseo<sup>106</sup>.

Horror!?! –interrumpe Ur. No, por ser principio sólo en principio<sup>107</sup>. Para mal, porque ya es un mandato constitucional con estructura normativa de aplicación directa<sup>108</sup>, permitido contra sus sentencias. Para bien, porque si es cierto que sus decisiones son las menos insostenibles fiscalmente de las muchas que se adoptan en el marco nacional y local de carácter legal interno o como tratado público, administrativo y aun judicial, pueden las sentencias de la Corte, como decisiones de constitucionalidad o de garantía de derechos fundamentales en tutela, representar asignaciones justas para el accionante y su interés legítimo por una vis expansiva de su derecho, pero injustas frente a los demás sujetos llamados a ser protegidos en ese o en otros ámbitos de los derechos por amparar.

Y para concluir, sin agotar con esto el razonamiento, el problema financiero, o de los efectos económicos de sus sentencias, que con excepción de un número plural de decisiones –muy criticadas por cierto–, generalmente han sido tenidos en cuenta por el juez, ocultos bajo argumentos de competencia como los dichos, esto es, que en asuntos económicos o con tal significado, los poderes del legislador y del Gobierno son extensos.

No paso por alto a este respecto –subrayo a Ur–, que esta auto-restricción de la Corte no fue tomada en cuenta al introducir en la Constitución en el año 2011, una figura conocida pero visibilizada en el Derecho comparado europeo<sup>109</sup> de los tiempos críticos, llamada entre nosotros “sostenibilidad fiscal”. Pues no se quedó en consagrar expresamente el “criterio”, razonable por cierto para proteger no sólo el presupuesto sino todo el “fisco”; fue

Tema: Tribunales constitucionales y transiciones a la paz. 6.3 El caso colombiano en el constitucionalismo internacional”. En [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

106. Aunque lo más visible sea la destitución del Alcalde de la ciudad de Bogotá y esta resulte muy preocupante desde el punto de vista político, jurídico, institucional y administrativo, quizás la medida disciplinaria sea en el fondo una reacción contra la idea de justicia constitucional que comprende el Auto 275 de 2011.

107. La propia Corte constitucional pretendió morigerar su fuerza al calificarlo, a partir de una expresión constitucional, como “criterio”. Vid. sentencia C-288 de 2012.

108. Así lo muestra, creo que como interpretación correcta, que empleó el auto del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, de 28 de mayo de 2013, Rad. No.:IJ 250002326000199900002 04 y 2000-00003-04, por el que se admite la solicitud de iniciación del incidente de impacto fiscal interpuesta por el Procurador General de la Nación, en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera de la misma Corporación, en noviembre de 2012, mediante la cual se declaró patrimonialmente responsable al Distrito de Bogotá y a PROSANTANA S.A., frente a un amplio número de familias, por la explosión del relleno sanitario de Doña Juana.

109. Así se destaca en la aclaración de voto del magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO, a la sentencia C-132 de 2012.

mucho más lejos al introducir de manera expresa el incidente de impacto fiscal de aplicación directa desde la Carta<sup>110</sup>, que se autoriza tramitar –por solicitud del Procurador General de la Nación y los ministros–, únicamente contra las sentencias de altos tribunales, incluido el constitucional, no para otros actos o decisiones de los poderes públicos que también pudieran tener tal efecto. Esto no hace más que atar la idea que se ilustra con los elementos explicativos anteriores. Al juez constitucional le toca porque a la democracia representativa en sentido estricto no lo ha hecho. Aun así, a la democracia representativa que representa los grupos hegemónicos, tiene poder suficiente como introducir por reforma constitucional, mecanismos que no obstante los límites a derechos previstos, logran afectar la autonomía del juez y prevenirlo de no tomar decisiones populistas –miro con ironía– para reconocer o crear posiciones jurídicas de derechos y obligaciones públicas correspondientes.

Ur concreta: –O sea, que ni el legislador ni el juez constitucional dan mucho más de sí, porque ni el primero tiene suficiente base democrática, ni el segundo es un filósofo rey.

Esta conclusión me permite llegar al último punto de explicación, en este caso intuitiva. El Estado constitucional y su discurso de las minorías no ha transformado la realidad de sus miembros o integrantes, porque además de lo anterior, que no sobra, hace falta una cultura de la administración pública en torno de políticas públicas, a lo que se suma la falta –por acallada o por poca– de “lucha por el Derecho”<sup>111</sup>.

Pero aquí está la intuición final, con la que me arriesgo con Ur..., por ser la determinante. Y es que el Estado pluralista no es una realidad fáctica para las minorías y grupos discriminados, porque no hay una estrecha relación como se necesita, entre aparato público y sociedad, servidores públicos y grupos de interés activos, vinculados, comprometidos, vigilantes, como un proceso vivo y garantista de concepción y aplicación del discurso de la diversidad en la realidad, en la concepción práctica de las medidas necesarias, revisables, verificables. No hay una sociedad políticamente organizada, activa, beligerante.

En este sentido, que la diversidad y el pluralismo no se han protegido ni sería ni cabalmente en el Estado colombiano a pesar de su carácter imperativo como principio, derecho fundamental relacional y garantía, a más de ser

110. Así lo muestra, creo que como interpretación correcta, el auto del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, de 28 de mayo de 2013, Rad. No.: IJ 250002326000199900002 04 y 2000-00003-04, por el que se admite la solicitud de iniciación del incidente de impacto fiscal interpuesta por el Procurador General de la Nación, en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera de la misma Corporación, en noviembre de 2012, mediante la cual se declaró patrimonialmente responsable al Distrito de Bogotá y a PROSANTANA S.A., frente a un amplio número de familias, por la explosión del relleno sanitario de Doña Juana.

111. Vid. VON IHERING, *La lucha por el derecho*. Cita en construcción.

del todo razonable, porque el movimiento social que “empuja” no alcanza. Y no alcanza porque han sido asesinados muchos líderes y activistas<sup>112</sup> y la violencia perturba, doma, embrutece o adormece.

Y tampoco alcanza porque, a pesar de la valentía y esfuerzo de tantas mujeres, indígenas, afrocolombiano/as, población LGBTI, campesino/as, desplazado/as, recicladores, defensor/aes en general de los derechos humanos generales y específicos, como son participantes del Encuentro, falta lucha en los más de los miembros de la sociedad. Porque bajo la defensa legítima de los intereses propios, individualistas, ausentes del entorno social, acríticos, desinformados, indiferentes, como natural resultado de la filosofía que respalda la idea común sobre los derechos y las necesidades, no ejercemos la soberanía, el poder de rescindir el contrato social, ejercer el derecho fundamental originario a la resistencia sobre el orden unitario y hegemónico injusto.

Sólo cuando todo eso se sume, tan cerca y tan lejos, se lograrán los mínimos humanistas que tanto nos adornan intelectualmente, capaces de organizar sociedades con corrección, sin discriminar, tratando de modo igual o desigual a quienes lo requieren, para asegurar la libertad, igualdades, dignidad, gestión pública y privada garantistas.

112. En el momento en que se remite este documento escrito el movimiento “Marcha Patriótica” está pensando disolverse, pues como lo informa PIEDAD CÓRDOBA, hasta el momento han sido asesinados 28 integrantes, y judicializados cerca de 200. Vid. Entrevista “Mi caso es más aberrante que el de Petro”, periodista CECILIA OROZCO, en *El Espectador*, domingo 19 de enero de 2014, edición impresa, pp. 6-7.

