

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Facultad de Derecho

La Corte Constitucional como juez de identidades.

Relaciones entre igualdad e identidad en la jurisprudencia constitucional

Juan Camilo Rivera Rugeles

Director: Esteban Restrepo Saldarriaga

Introducción

1. Planteamiento del problema y tesis que se defenderá

Movimientos sociales y teóricos políticos, en distintos momentos históricos, se han ocupado de intentar contestar la pregunta acerca de cómo lograr la emancipación de grupos que han padecido situaciones de opresión. Durante el siglo XX e inicios del XXI, las dos respuestas más populares variaron entre quienes clamaban por la asimilación de estos grupos al resto de la sociedad, a efectos de lograr que a todas las personas se les reconocieran los mismos derechos y privilegios, y quienes, por otra parte, sostuvieron que la mejor forma de lograr tal objetivo es otorgándoles a estos un trato diferente al del resto de la población, acorde a su identidad particular (en razón de su cultura, su género, su raza, su orientación sexual, entre otras)¹.

Las disputas y debates surgidos con relación a este asunto han sido planteados ante legislaturas y tribunales, y han permeado la manera como el derecho trata a estos grupos. La Constitución del 91, en esta materia, optó por establecer de manera genérica, en el artículo 13, que el Estado tiene el deber de promover una igualdad real y efectiva a favor de ciertos grupos. En desarrollo de esta cláusula, la Corte Constitucional ha entendido que para alcanzar dicha igualdad es deber del Estado otorgar un tratamiento diferenciado a favor de grupos que se encuentran subordinados, oprimidos, discriminados. De allí el repetido uso de términos como “enfoque diferencial”, “acción afirmativa”, “discriminación positiva”, “tratamiento especial”, “erradicación de injusticias presentes”, entre otros, que denotan ese compromiso que debe adquirir el Estado en aras de promover a ciertos grupos, a los

¹ Young, Iris Marion, *Justice and The Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, 2011, pp. 156 y ss. (distinguiendo entre la “liberación como la eliminación de la diferencia de grupo” y los “movimientos por la especificidad de los grupos y el orgullo cultural”); Ford, Richard Thompson, *Racial Culture: A Critique*, Princeton: Princeton University Press, 2005, pp. 29 y ss. (explicando, en el contexto de los movimientos raciales en Estados Unidos, las dos tendencias políticas predominantes, i. e., la integración y la diferencia cultural).

cuales por lo general ha denominado, usando los mismos términos que el artículo 13 de la Constitución, grupo “marginado” o “discriminado”.

Como la jurisprudencia ha entendido que los beneficiarios del tratamiento especial que debe promover el Estado son ciertos grupos sociales, muchas veces se ha visto en la necesidad de referirse a las razones que permitirían distinguir los grupos que merecen un trato especial de aquellos que no son beneficiarios de tal tratamiento. Esto se entiende si se tiene en cuenta que la identificación de los rasgos, atributos y características que definen a un grupo marginado o discriminado es considerada un paso necesario para poder definir quiénes merecen tal calificativo y quiénes no, para efectos de reconocer un tratamiento preferencial.

El objetivo de este trabajo es analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a los criterios que el tribunal ha utilizado para determinar qué se entiende por grupos marginados y discriminados. La tesis que se defenderá es que, a pesar de que la Corte en su jurisprudencia maneja un listado de criterios que pretenden servir para distinguir con cierta claridad un grupo marginado o discriminado de otro que no lo es, tales criterios son vagos y ambiguos, al punto que su indeterminación no permite considerarlos como un referente unívoco que sirva de guía para la decisión del juez constitucional en materia del reconocimiento de grupos marginados y discriminados. En cambio, según se mostrará, el análisis más detenido de la jurisprudencia de la Corte parece reflejar que *en varias ocasiones* lo que determina si un grupo es calificado como marginado y discriminado son las consideraciones que el tribunal hace sobre la *identidad* de cada grupo en particular, en las cuales la Corte pone de presente lo que considera rasgos *esenciales* del grupo que merece una protección especial por parte del Estado.

Este trabajo pretende mostrar que esta vía argumentativa utilizada por la Corte en algunas ocasiones para identificar grupos marginados y discriminados puede

eventualmente ser problemática, como lo sugieren las críticas a la llamada “política de la identidad”. Con esta expresión se designa una estrategia utilizada, entre otros, por defensores y voceros de grupos subordinados, oprimidos, marginados (personas afro, mujeres, homosexuales, personas con discapacidades, entre otros), que se caracteriza por articular sus reivindicaciones políticas a partir de dos ideas: (i) que determinado grupo de personas posee una identidad específica (rasgos, características, comportamientos), y (ii) que debido a esa identidad dicho grupo merece un tratamiento específico por parte del Estado. En ocasiones este método de argumentación es acogido por los tribunales u otras autoridades. Como decía antes, esta estrategia ha sido objeto de distintas críticas, como se muestra a continuación.

Al pronunciarse sobre la identidad de un grupo, la Corte puede aspirar hacerlo de manera no problemática, intentando limitarse a describir hechos aparentemente objetivos. No obstante, como lo han mostrado los críticos de la llamada política de la identidad, cuando se sostiene que existen grupos con una identidad propia que requiere la asignación de derechos específicos, se pueden generar consecuencias políticas negativas al interior del mismo grupo, con relación a otros grupos, o con respecto al resto de la sociedad. Estas consecuencias negativas serán explicadas con detalle en el capítulo 2, pero conviene desde ya formularlas, para claridad del argumento.

En primer lugar, al referirse a la identidad del grupo este puede ser “esencializado”, es decir, definido a partir de rasgos universalizantes que, lejos de ser sentidos como propios por los miembros del grupo, son objeto de disputas políticas a su interior, o aún en el caso de que no den lugar a disputas políticas dentro del grupo, pueden ser entendidas como elecciones individuales de quienes lo conforman, que no tendrían que ser relevantes para efectos de determinar la pertenencia de un sujeto a un grupo social. En segundo lugar, se ha argumentado que la creación de distintos grupos con identidades específicas puede fracturar colectivos más amplios que podrían hacer

causa común en procura de solucionar los mismos problemas que los afectan, disminuyendo la presión política a favor de sus reclamos. En tercer lugar, los críticos de la identidad han cuestionado que la creación de determinados grupos con el fin de darles tratamiento especial puede ayudar a remarcar las diferencias existentes entre estos grupos y el resto de la sociedad, y no a lograr superar las condiciones de opresión que padecen estos grupos y a integrarlos con el resto de la sociedad. Por último, al decidir si un grupo determinado merece un tratamiento especial, distinto al del resto de la población, es posible que la autoridad primero estudie si algún rasgo o característica de un grupo sea *digna de protección*, para efectos de resolver luego si concede el tratamiento especial solicitado. De esta forma, una autoridad puede tener la tentación de hacer valoraciones morales sobre la actividad realizada por los miembros de un grupo, a efectos de juzgar si deben tener un derecho a ser protegidos.

Estos efectos políticos negativos a los que puede dar lugar el discurso de las identidades de un grupo podrían minar en gran medida el propósito al que responde la jurisprudencia sobre grupos marginados y discriminados: lograr para ellos una igualdad real y efectiva, superando las situaciones que han generado su opresión.

2. Enfoque de la investigación

Las decisiones de la Corte Constitucional en las que ha sostenido que ciertos grupos sociales merecen un tratamiento especial responden sin duda a una intención benévola, que es avanzar en materia de justicia social para superar la situación de opresión que aqueja a ciertos sectores de la población colombiana. Esto se refleja, por ejemplo, en la importancia que ha tenido el reconocimiento del estatus de marginados y discriminados a determinados grupos para el reconocimiento por vía

judicial de distintos derechos sociales². Aún así, ese propósito loable no excluye la posibilidad de realizar un análisis crítico de la manera como el tribunal constitucional ha pretendido lograrlo. Antes bien, por la importancia de la igualdad tratándose de grupos sociales desfavorecidos (considerada por la propia Corte Constitucional como un elemento definitorio del Estado social de derecho), esta clase de análisis crítico se hace más valioso y necesario.

Este es precisamente el propósito que tiene el presente escrito: realizar una valoración de la jurisprudencia constitucional sobre grupos marginados o discriminados. Esta valoración no tiene fines dogmáticos, en el sentido de que su interés principal no es describir las reglas jurisprudenciales fijadas en torno al tema, hacer un análisis sistemático y conceptual de ellas, y proponer interpretaciones alternativas a las ya dadas que ayuden a cumplir la finalidad social que inspira la doctrina de los grupos marginados y discriminados³. Por el contrario, debido a que su objeto es la crítica, pretende controvertir los *presupuestos* en los que se basa la jurisprudencia constitucional, con el fin de revelar *posibles* consecuencias políticas que puedan llevar a repensar el funcionamiento de esa categoría jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional, o a asumirla con mayor cautela⁴.

En particular, ese presupuesto del discurso en materia de grupos marginados y discriminados que se quiere someter a juicio es la decisión que ha tomado la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la identidad de un grupo (sus características,

² En este sentido, véase Sepúlveda Magdalena, “The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice”, en Langford Malcolm (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 156 a 160.

³ Los análisis dogmáticos del derecho, conocidos como “dogmática jurídica”, suelen concentrarse en realizar alguna o varias de las siguientes tres actividades diferentes: (i) describir el derecho vigente, (ii) hacer su análisis sistemático y conceptual, y (iii) elaborar propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 241.

⁴ De acuerdo con Brown y Halley, “*el objetivo de la crítica es revelar las estructuras o los aspectos subterráneos de un discurso particular, no necesariamente revelar la verdad de o sobre el discurso. Lo que la crítica promete no es objetividad sino perspectiva*”. Brown, Wendy y Halley, Janet, “Introduction”, en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press, 2002, pp. 1 a 37.

las actividades que lo constituyen, la posible cultura que define al grupo) para determinar si este merece o no ese tratamiento especial. Al hacerlo, la Corte Constitucional puede provocar el efecto contrario del que persigue; es decir, en vez de avanzar en materia de justicia social a favor de los grupos marginados y discriminados, puede dar lugar a efectos políticos que perjudiquen a tales grupos, como lo son aquellos cuatro a los que se hizo referencia antes. Como se observa, el énfasis no se pone en la coherencia y sistematicidad de la doctrina de los grupos marginados o discriminados, sino en las consecuencias políticas a las que puede dar lugar el discurso identitario que muchas veces ha utilizado la Corte Constitucional al calificar la condición de ciertos grupos.

Al concentrarse en el análisis de los efectos políticos que pueda tener una determinada categoría jurisprudencial en la construcción y configuración de identidades se parte de la idea, entonces, de que el derecho puede incidir de manera importante en la configuración de relaciones de poder, en este caso definiendo quiénes son los sujetos que intervienen en tales relaciones de poder. En especial, este trabajo pretende ilustrar un ejemplo de la manera como el derecho en general, y las decisiones judiciales en particular, pueden incidir en la creación de identidades, definiendo qué personas conforman un grupo, qué facultades pueden ejercer, cuáles son los caminos a través de los cuales pueden reclamar sus intereses, entre otras. En este sentido, se entiende que el derecho no está compuesto por un simple conjunto de prohibiciones y permisiones, sino que se considera que este tiene un potencial regulador, pues interviene en la producción de relaciones sociales, participando en su creación y configuración⁵.

⁵ La noción que aquí se acoge del derecho como uno de los que interviene en la construcción de identidades (y de manera más general, como una de las fuerzas que compite en la definición de las relaciones de poder) se inspira principalmente de las ideas en torno al “poder” expuestas por Michel Foucault en *Historia de la sexualidad*. Cfr. Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, vol. I La voluntad de saber*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007. Igualmente, en el plano legal, se inspira principalmente en las reflexiones de Wendy Brown y Janet Halley, expuestas en: Brown, Wendy y Halley, Janet, *op. cit.*

Con lo anterior no se pretende sugerir que ni una decisión judicial, ni un conjunto de ellas, configuren por sí mismas la identidad de un sujeto o de un grupo de sujetos, como si no existieran otros poderes que intervengan en la construcción de tal identidad, y como si los sujetos cuya identidad es regulada no tuvieran ninguna otra posibilidad más que la de asimilar regulaciones externas, resignarse y obedecerlas. Lejos de esto, simplemente se sugiere que la decisión que un juez emite en la que se refiere a la identidad de un sujeto o un grupo *puede* incidir en la conformación de la identidad de dichos sujeto o grupo. Siguiendo en este punto a Charles Taylor, puede decirse que la construcción de identidades es un proceso dialógico, pues en él interviene no solo el sujeto que afirma su propia identidad, sino que este entra en diálogo, a veces en disputa, con las cosas que los otros significativos (“*significant others*”) quieren ver en cada uno⁶. Estos otros *reconocen* la identidad del otro. Si se considera a la autoridad judicial como un “otro significativo”, podrá entenderse que efectivamente es capaz de influir en la construcción de identidades de un grupo.

Está más allá de las posibilidades de este trabajo intentar contestar o aproximarse a la respuesta sobre qué tanto una decisión judicial puede influenciar la identidad de un grupo. Para esto no solo habría que analizar la decisión en la que un juez se refiriera a ella, que es a lo que se circunscribe este estudio, sino también la actuación de todos los demás poderes reguladores que podrían influenciar la construcción de la identidad de un grupo, así como también habría que evaluar la narrativa que el propio grupo tiene de sí mismo y qué posición adopta frente a regulaciones externas. No obstante, a pesar de que no se ocupe de tanto, considero de gran interés centrarse en la influencia que pueda tener la Corte Constitucional en este sentido, por tratarse de una autoridad estatal encargada de decidir sobre la asignación de tratamientos especiales a favor de un grupo, capaz por esto de incentivar a alterar el comportamiento de aquellos grupos interesados en obtener los derechos y

⁶ Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, *New Contexts of Canadian Criticism*, 1997, pp. 25 a 73.

privilegios por ella reconocidos, y de influir mediante sus decisiones en la orientación de las políticas públicas que se adopten con relación a tales grupos.

Ahora bien, sin duda alguna evaluar la jurisprudencia en materia de grupos marginados y discriminados no es el único camino que puede seguirse para realizar un análisis de los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional se ha referido a la identidad de un grupo de sujetos. Bien puede la Corte referirse a la identidad de un grupo o de un sujeto sin otorgarle el apelativo de marginado o discriminado. Por ejemplo, a pesar de que hasta 2010 reconoció a los y las trabajadoras sexuales como un grupo discriminado, ya antes de ese año había emitido sentencias refiriéndose a la práctica que define a este grupo y haciendo valoraciones sobre la (in)dignidad de la práctica⁷, lo cual eventualmente puede replicarse en otros casos relacionados con sujetos que aún no han sido reconocidos como marginados y discriminados, pero respecto de cuya identidad la Corte Constitucional se ha pronunciado. El tribunal también podría verse tentado a pronunciarse sobre los que considera rasgos característicos de grupos que ni antes ni ahora han sido reconocidos como marginados o discriminados. Así entonces, vale la pena resaltar que la razón por la que se sigue el camino que recorre el texto es que en buena medida lo planteado por la Corte Constitucional con relación a los grupos marginados y discriminados se asimila a la política de la identidad, pues esta doctrina constitucional sostiene (i) que existen determinados grupos que tienen características o se encuentran en una situación distinta a la de las demás personas, (ii) por lo que merecen un tratamiento especial. Por esto, enfocarse en la doctrina de los grupos marginados y discriminados aporta un criterio de búsqueda útil entre el extenso universo de decisiones del

⁷ En variadas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las personas que ejercen la prostitución, resaltando la indignidad de este oficio. Ver, por ejemplo, sentencias SU-476 de 1997, C-507 de 1999, C-636 de 2009. Con todo, fue tan solo hasta la sentencia T-629 de 2010 que reconoce a las personas que ejercen la prostitución el estatus de grupo marginado y discriminado. En el capítulo tercero de este trabajo se abordará con mayor detalle la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este aspecto.

tribunal, que puedan luego ser estudiadas a la luz de las críticas que se han formulado a la política de la identidad.

3. Estructura del trabajo

Para realizar el examen crítico que se propone, el trabajo está dividido en tres secciones. En la primera se estudia la jurisprudencia en la que la Corte Constitucional ha pretendido definir los criterios que permiten calificar a un grupo como “marginado” y “discriminado”. En esta parte, la tesis que se defenderá es que, a partir de un análisis detenido de los criterios usados por la Corte en ese sentido, se advierte que estos son poco precisos, por lo que no pueden ser considerados como un parámetro de referencia claro en la asignación del estatus de grupo marginado y discriminado. En cambio, se mostrará que la lectura de la jurisprudencia sugiere que en muchas ocasiones lo que ha resultado relevante para determinar si un grupo es marginado y discriminado ha sido la manera como la Corte ha concebido la identidad de un grupo, para lo cual se mencionarán algunos ejemplos. Estos ejemplos serán luego retomados y trabajados con mayor detalle en la sección tercera.

La estrategia de reconocimiento de derechos a partir de la afirmación de que un grupo posee una identidad particular, que es lo que ha hecho la jurisprudencia en varios casos (algunos de los cuales se exponen en la primera sección), puede tener consecuencias políticas negativas, tal como lo han mostrado los críticos a la llamada “política de la identidad”. Este trabajo se vale de estas críticas para hacer una valoración de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para ello, la segunda parte del trabajo se ocupa de dos cuestiones. En primer lugar, se explica en qué consiste la llamada *política de la identidad*, la cual guarda semejanzas importantes con la doctrina de la Corte Constitucional en materia de grupos marginados y discriminados. En segundo lugar, se exponen algunas de las críticas o

cuestionamientos que distintos autores han formulado a la política de la identidad en tanto estrategia de reivindicación de las pretensiones de grupos oprimidos.

Una vez expuesto el marco teórico sobre las críticas a la política de la identidad, en el tercer capítulo se usa ese marco teórico para revisar la jurisprudencia en la que la Corte Constitucional ha atribuido la condición de marginados o discriminados a determinados grupos. Este marco teórico será usado para estudiar la jurisprudencia relacionada con ciertos grupos específicos a los que se les ha asignado el carácter de marginados y discriminados, mas no para evaluar en general la doctrina sobre los grupos marginados o discriminados, ya que, según se muestra en el capítulo primero, esta doctrina no es clara como para permitir abordarla en abstracto. Los grupos que se elegirán para ser evaluados en este tercer capítulo son algunos en los que se advierte de manera más notoria el uso de criterios identitarios para la definición del grupo, por lo que resultan de gran interés a fin de poder evaluar los efectos políticos que puede producir la asignación de identidades a esos grupos al momento de reconocerles un tratamiento especial por parte del ordenamiento jurídico.

I. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los criterios que definen el estatus de “marginado y “discriminado” de un grupo

1. Introducción

En repetidas ocasiones, la Corte Constitucional ha sostenido que uno de los rasgos definitorios del Estado social de derecho es su compromiso con la búsqueda de una igualdad material. En su criterio, este compromiso distingue el modelo de Estado implantado por la Constitución de 1991 del Estado de derecho previsto por el régimen constitucional anterior (el de la Constitución de 1886)⁸. Esa búsqueda de la igualdad material se traduciría en la promoción de ciertos grupos que se encuentran en posiciones desventajosas, a los que la Corte Constitucional se ha referido como “marginados” o “discriminados”⁹. En este sentido, las decisiones de la Corte sobre estos grupos tocan un aspecto considerado por ella misma como de especial relevancia para lograr los cometidos trazados por la Constitución. Al revisarla críticamente, como se propone hacerlo este trabajo, se evalúa un asunto de gran importancia en el diseño constitucional colombiano: el alcance de la igualdad respecto de grupos discriminados.

⁸ Entre muchas otras, la sentencia SU-225 de 1998 se refiere a este tema, al sostener: “en el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables”. Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1998. En otras ocasiones ha vinculado el compromiso con la igualdad del Estado social de derecho con grupos discriminados, no en personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Así, la sentencia T-386 de 2013 sostiene: “A partir de la Constitución de 1991, Colombia se erige como un Estado Social de Derecho, fórmula que implica, entre otros, que el Estado tiene como finalidad la consecución no solo de la igualdad formal, sino también de la igualdad material de sus ciudadanos y la erradicación de las desigualdades, en especial de aquellos grupos que han sido tradicionalmente discriminados”. Corte Constitucional, sentencia T-386 de 2013.

⁹ Estos son los dos adjetivos usados por el inciso 2 del artículo 13 de la Constitución, y son los adjetivos usados con más frecuencia por la jurisprudencia para hacer referencia a grupos de personas que merecen una especial protección por parte del Estado. De cualquier forma, no son los únicos, y en ocasiones puede leerse expresiones como grupo oprimido, grupo vulnerable o grupo excluido. En este trabajo se utilizarán preferentemente los adjetivos “marginado” y “discriminado”, por ser los más usados por la Corte.

En el presente capítulo se expondrá en líneas generales qué son y cuáles son los grupos a los que la Corte les ha asignado el apelativo de marginados o discriminados, para efectos de reconocerles un tratamiento especial. Este análisis mostrará que dicha doctrina se ha forjado a partir de un gran número de casos individuales, los cuales no han sido articulados por la propia Corte para efectos de definir de manera coherente y sistemática cuáles son esos grupos y cuál es la relevancia jurídica de que a un grupo se le reconozca ese apelativo. La conclusión a la que se llega en el presente apartado es que, luego de una lectura exhaustiva de la jurisprudencia constitucional en materia de grupos marginados y discriminados, no existe un referente claro que sirva para identificar cuándo se está en presencia de uno de estos grupos y cuándo no. En vez de esto, se pondrá de presente que, por lo menos en ciertos casos, la razón determinante para atribuirle tal condición a ciertos grupos marginados y discriminados se relacionan con la identidad que el tribunal constitucional atribuye al grupo.

1. ¿Qué son y cuáles son los grupos marginados y discriminados?

Ninguna norma en el ordenamiento colombiano define expresamente qué se entiende por grupo marginado o discriminado, ni cuáles son los criterios que han de tenerse en cuenta para reconocerlos. El principal fundamento normativo invocado por la Corte Constitucional al momento de reconocerle o atribuirle a determinado grupo la condición de ser marginado o discriminado es el artículo 13 de la Constitución Política (CP), el cual hace referencia a grupos marginados o discriminados en su inciso segundo, y a personas que por su condición física, mental o económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta en su inciso tercero.

Ambas disposiciones del artículo 13 constitucional establecen que el Estado tiene el deber de promover condiciones de igualdad a favor de los sujetos y grupos mencionados en ellas. Algunas normas de la Constitución identifican algunos sujetos y grupos a favor de los cuales el Estado está obligado a brindar un tratamiento especial, lo cual sucede en el caso de las mujeres (artículo 43), los niños (artículos 44, 45 y 50), las personas de la tercera edad (artículo 46) y las personas con discapacidad (artículo 47). También puede mencionarse el caso de los pueblos indígenas (artículos 246 y 330) y de las comunidades afrodescendientes (artículo transitorio 55). No obstante, la Corte no solo le ha reconocido el carácter de grupo marginado y discriminado a las seis categorías de personas a favor de las cuales la Constitución reconoce un tratamiento especial, mencionadas anteriormente. Así, puede decirse que el texto constitucional no responde *del todo* a la pregunta sobre quiénes son grupos marginados y discriminados, pero sí define quiénes son *algunas* personas que deben ser reconocidas como grupos que poseen ese estatus.

Puede decirse que los grupos considerados marginados y discriminados (tanto aquellos mencionados en el texto constitucional como todos los demás identificados por la Corte Constitucional) tienen en común el hecho de ser víctimas de *alguna* injusticia¹⁰. Pero más allá de este rasgo en común, definir quién es un grupo marginado o discriminado es un asunto que dista mucho de ser sencillo, debido a los distintos factores que pueden causar la injusticia padecida por un grupo. El artículo 13 de la Constitución no resuelve la cuestión acerca de las causas del estatus de los grupos marginados y discriminados. Se trata de conceptos indeterminados pues su significado no es claro (por la vaguedad de las expresiones utilizadas en el artículo 13 de la CP), y además, lo son también porque determinar su contenido implica la elección entre varias alternativas teóricas disponibles, cada una de las cuales tiene consecuencias muy diferentes.

¹⁰ Así se entiende la afirmación de la Corte según la cual el artículo 13 de la Constitución impone un mandato de “*erradicación de las injusticias presentes*” con relación a los grupos marginados y discriminados. Si existe tal mandato es porque se supone que todos estos grupos son víctimas de *alguna* injusticia. Véase Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1998.

De la mano de Nancy Fraser puede considerarse que un grupo es marginado o discriminado debido a la *inadecuada distribución* de recursos, a la *falta de reconocimiento* de las personas que son consideradas parte de un grupo, o por causa de la *inadecuada representación* que tiene el grupo en escenarios de toma de decisiones, o por la conjugación de dos de estas razones o de las tres¹¹. Así, más allá de que los grupos marginados y discriminados puedan ser considerados víctimas de alguna injusticia, queda aún por indagar cuáles son esas causas que son tomadas en cuenta por la Corte Constitucional para atribuir el calificativo de marginado y discriminado a un grupo (¿la inadecuada distribución de recursos?, ¿la falta de reconocimiento?, ¿la deficiente representación política?, ¿la unión de dos de ellas, o la de las tres?).

Son variadas las injusticias que según la Corte Constitucional harían que un grupo pudiera ser considerado marginado o discriminado, no limitando así su origen a una misma. Tales injusticias fueron identificándose a partir de las circunstancias particulares planteadas por los hechos del caso que tenía que decidir la Corte, y luego, varios años después, esta intentó conceptualizar o reconceptualizar su jurisprudencia, en decisiones en las que revisó su línea jurisprudencial al respecto e introdujo nuevas justificaciones que, a ojos de la Corte, explican mejor el sentido de su teoría a lo largo del tiempo¹². Al respecto, en aquellas decisiones en las que ha hecho un esfuerzo por sistematizar su jurisprudencia sobre el tema, ha mencionado cinco criterios (enunciativos, no taxativos) que permitirían saber cuándo se está ante un grupo marginado o discriminado. Tales criterios son los siguientes:

¹¹ Sobre los conceptos de *redistribución, reconocimiento y representación*, véase Fraser, Nancy, “Reenmarcar la justicia en un mundo en globalización”, *Escalas de la justicia*, Barcelona, Herder Editorial, 2008, pp. 31 a 64.

¹² Este concepto de sentencias que realizan reconceptualizaciones lo tomo de: López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Editorial Legis, 2006, 2da edición, p. 165. Entre las sentencias que se refieren a la doctrina de los grupos marginados o discriminados, la que lo hace con más detalle es la T-291 de 2009, que planteaba un caso relacionado con recicladores informales, que son reconocidos por la Corte como grupo marginado y discriminado. Por lo tanto, esta sentencia es de gran utilidad en el trabajo para reconstruir la doctrina constitucional sobre los grupos marginados y discriminados.

- i. Personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta;
- ii. Personas que por la situación desventajosa en la que se encuentran suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales;
- iii. Personas con disminuciones físicas, sensoriales y psíquicas que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento;
- iv. Población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana;
- v. Grupos de la población que no están en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tienen voz propia en la adopción de las decisiones políticas que los afectan¹³.

Estos criterios de la Corte arrojan poca claridad sobre qué se entiende por grupos marginados o discriminados. Los dos primeros criterios acuden a conceptos indeterminados (“debilidad manifiesta” y “situación desventajosa”), sin especificar cuál es la injusticia específica que haría a un grupo marginado o discriminado. Estos criterios pretenden definir un concepto (el de grupos marginados y discriminados) utilizando otros conceptos que a su vez requerirían ser definidos, pero que no lo son. Los tres restantes indican situaciones muy variadas entre sí. El tercero hace referencia a una condición de la persona (la de estar en situación de discapacidad) que puede generar discriminación por esa razón. La cuarta y la quinta, por su parte, utilizando de nuevo los términos de Nancy Fraser, se refieren a problemas de redistribución y de representación política¹⁴. Si aceptáramos estos criterios como determinantes para la identificación de los grupos marginados y discriminados, pareciera en principio que uno de los reclamos de justicia que suelen ser formulados por ciertos grupos sociales –por ejemplo por grupos de mujeres–, como es la falta de

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009, la cual a su vez cita la sentencia C-741 de 2003.

¹⁴ Fraser, Nancy, *op. cit.*, pp. 31 a 64.

reconocimiento de las personas que son consideradas parte de un grupo, quedara solo limitado a las personas en situación de discapacidad.

En otras oportunidades la Corte ha mencionado otras causas que darían lugar al deber de promover medidas especiales a favor de ciertos grupos, mencionando las siguientes cuatro: la escasez, necesidades no satisfechas del ser humano, fenómenos históricos de segregación y marginación, e injusticias del pasado que se pretende subsanar¹⁵. Estos cuatro criterios parecen dar cabida a reclamos muy variados, sin poner tanto énfasis en la redistribución de recursos, como sí lo hacen los cinco criterios comentados más arriba. No obstante, siguen siendo ampliamente indeterminados, pues se trata de términos muy amplios a cuyo esclarecimiento la Corte no dedica atención alguna. Así, por ejemplo, para determinar cuáles son las necesidades humanas que deben ser satisfechas se requeriría una teoría normativa que distinguiera entre estas necesidades y otras que pueden no ser satisfechas, la cual no ha sido desarrollada por la jurisprudencia. Por otro lado, los fenómenos históricos de segregación y marginación, así como las injusticias de pasado, pueden tener orígenes muy distintos, y provenir, por ejemplo, de falta de representación política, de indebida distribución de recursos o de un inadecuado reconocimiento (de nuevo utilizando las dimensiones de la justicia identificados por Fraser). Para saber cuáles son las injusticias del pasado que se pretenden corregir, o los fenómenos de segregación y marginación que se quiere afrontar, es preciso analizar los casos puntuales en los que la Corte se ha pronunciado al respecto, no siendo posible aducir que los criterios generales determinen lo que la Corte decidirá en pronunciamientos específicos.

Con todo, más allá de la indeterminación de estos cuatro criterios, en la jurisprudencia estos han tenido poca relevancia para calificar a un grupo como discriminado y marginado. En la jurisprudencia constitucional se advierte que han

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009, la cual menciona la sentencia C-952 de 2000.

sido usados más para hacer referencia, en términos abstractos, a las situaciones que deben ser especialmente atendidas por un Estado comprometido con la igualdad sustancial (en contraposición a uno comprometido tan solo con la igualdad formal)¹⁶. Por lo tanto, más allá de que a veces la Corte Constitucional mencione estos criterios como determinantes para la asignación de la condición de discriminado o marginado a un grupo, en realidad la práctica muestra que, en varios casos han tenido poca o nula relevancia para tal efecto.

Un ejemplo ayuda a mostrar la manera como las decisiones concretas con relación a los grupos marginados y discriminados no están determinadas por los dos grupos de criterios que, supuestamente, son los que sirven para atribuir y reconocerle ese estatus a un grupo (a este ejemplo se le suma los tres que se abordan con detalle en el capítulo 3). El primero de ellos es el relacionado con las personas transgeneristas como grupo discriminado. En la sentencia T-314 de 2011, la Corte analizó con detalle la situación de esta población, y consideró que las personas transgeneristas son un grupo históricamente discriminado, atendiendo a dos factores: por un lado, la violencia física ejercida contra ellos, que es aún mayor que la padecida por las personas gais, lesbianas y bisexuales, y que se reflejan en homicidios, torturas, agresiones, amenazas, entre otras; y por otro lado, la segregación a personas transgeneristas, separándolas de los espacios y del acceso a los bienes a los que sí pueden acceder o disfrutar quienes no pertenecen a este grupo. En este sentido, este caso concreto muestra que la violencia física y la exclusión social son condiciones de opresión que sí pueden ser tomadas en cuenta para calificar a un grupo como marginado y discriminado. Se trata de dos condiciones que aunque no están

¹⁶ Estos criterios son por primera vez mencionados en la sentencia C-410 de 1994. Son retomados posteriormente en sentencias como la C-952 de 2000 y la T-291 de 2009. De estas sentencias, tan solo la última aborda directamente el problema de la identificación de los grupos discriminados y marginados. En dicha sentencia, se cita la SU-995 de 1999 como un ejemplo de un caso en el que se tomaron en cuenta dos de los cuatro criterios mencionados antes (la escasez y las necesidades no satisfechas del ser humano) para identificar a un grupo discriminado y marginado (en ese caso, profesores vinculados a la Secretaría de Educación del Departamento de Magdalena), pero lo cierto es que en esa sentencia, ni en sentencias posteriores, se le ha reconocido ese estatus al grupo al que se refería la sentencia.

excluidas de los criterios de identificación de esta clase de grupos (en especial del segundo grupo de criterios), tampoco es claro, a partir de una lectura en abstracto de los mencionados criterios, que estuvieran incluidos en ellos.

Además, a esta falta de claridad contribuye la existencia de otra categoría jurisprudencial a la que la Corte Constitucional suele aludir cuando se trata de problemas constitucionales que involucran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, pues no es del todo clara la manera como se relaciona con los grupos marginados y discriminados: se trata de los *sujetos de especial protección constitucional*. Al respecto, la Corte ha sostenido que los sujetos de especial protección constitucional son aquellos a los que hace referencia en inciso 3 del artículo 13 de la Constitución, es decir, aquellos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta¹⁷. Como se mencionó antes, este es uno de los criterios considerados por la Corte para atribuirle a un grupo de personas el estatus de grupo marginado y discriminado. En ese sentido, los sujetos de especial protección vendrían siendo una especie del género grupos marginados y discriminados. Pero también ha sostenido lo contrario, afirmando que la pertenencia a un grupo marginado y discriminado hace que una persona también deba ser tratada como un sujeto de especial protección constitucional¹⁸.

Por todo lo anterior, más allá del ejercicio de sistematización de su jurisprudencia en torno al tema, la Corte Constitucional no ha logrado hallar un referente claro acerca de los criterios para identificar qué es un grupo marginado y discriminado. Con

¹⁷ Véase Corte Constitucional, sentencias T-132 de 2011 (en la que se sostiene que las personas con discapacidad se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y son sujetos de especial protección constitucional) y T-207 de 2013 (en la que se afirma que las personas en extrema pobreza se encuentran en situación de debilidad manifiesta y son sujetos de especial protección constitucional).

¹⁸ Al respecto, en un caso relacionado con una persona que ejercía la prostitución, luego de haber reconocido la Corte que el grupo de personas dedicadas al trabajo sexual son un grupo marginado, agrega: “*El plantearse como trabajadora en tal oficio, la ubica en un grupo discriminado históricamente, que por lo mismo la hace merecedora del status jurídico iusfundamental de sujeto de especial protección por parte del Estado*”. Corte Constitucional, sentencia T-629 de 2010. A esta sentencia se hará referencia en detalle más adelante.

todo, esto no ha impedido a la Corte construir una teoría alrededor de esta categoría, explicando cuáles son las consecuencias jurídicas que se desprenden de reconocer a un grupo como marginado y discriminado. Básicamente estas consecuencias se traducen en dos deberes a cargo del Estado con relación a los grupos marginados y discriminados: no incurrir en tratos discriminatorios, ni de manera directa ni de manera indirecta, contra estos grupos (que la Corte llama “mandato de abstención”) y llevar a cabo acciones tendientes a superar las condiciones de desigualdad que enfrentan dichos grupos (que la Corte denomina “mandato de intervención”)¹⁹. Ahora bien, el contenido de esa obligación positiva de realizar acciones en pro de la igualdad de los grupos marginados y discriminados ha sido desarrollada a partir de casos específicos, en los cuales la Corte evita señalar el contenido general aplicable a todas las situaciones. Ha dicho, eso sí, que en virtud del mandato de intervención, las medidas adoptadas por el Estado deben observar dos criterios: deben promover las condiciones en las que se encuentra el grupo marginado y discriminado que será afectado por la medida que se tome y deben mitigarse los daños que sea de prever puedan ser causados por dicha medida²⁰.

Ahora bien, pese a no tener reglas jurisprudenciales bien definidas para identificar a un grupo marginado y discriminado, en todo caso la Corte Constitucional, en diversas ocasiones, le ha asignado ese estatus a diferentes grupos. En algunas ocasiones en las que ha procedido de esta manera, el tribunal ha valorado rasgos que considera esenciales del grupo que merece una protección especial por parte del Estado. Puesto en otros términos, ante la ausencia de referentes normativos o jurisprudenciales claros para identificar grupos marginados y discriminados, la Corte ha dado relevancia a criterios acerca de la identidad de un grupo particular para efectos de asignarle el mencionado estatus. Esta vía de argumentación puede, eventualmente, tener efectos políticos adversos en el grupo al que se le pretende dar

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009. Con relación a este segundo deber, la Corte utiliza la expresión “desigualdad material”, sugiriendo que son los problemas de distribución los que dan lugar a la condición de marginado y discriminado y lo que tendría que ser superado por el Estado.

²⁰ *Ibíd.*

un tratamiento especial²¹. Los críticos de la política de la identidad han dado cuenta de los riesgos en los que puede incurrirse cuando se promueve un trato especial a favor de un grupo determinado sobre la base de una identidad particular. Estos críticos han planteado reservas frente a quienes proponen buscar un trato especial a favor de un grupo social argumentando que ese grupo es distinto a los demás y merece, por esa razón, un compromiso también distinto por parte del Estado.

En los dos capítulos siguientes se mostrarán los riesgos de la vía argumentativa utilizada por la Corte en ciertos casos para identificar grupos marginados y discriminados. Con este propósito, primero se explicará en qué consiste la política de la identidad y cuáles son los principales cuestionamientos que se han dirigido en su contra. Luego, en el capítulo final de este trabajo, se mostrará la manera como la Corte Constitucional ha construido grupos marginados y discriminados con relación a tres grupos (las personas que ejercen la prostitución, los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes), y se explicará cómo en estos tres casos se presentan algunos de los riesgos identificados por los críticos de la política de la identidad.

²¹ Estos efectos fueron mencionados en la introducción y son expuestos con detalle en el capítulo siguiente, pero para efectos de claridad del texto conviene recordarlos. Se trata de los siguientes cuatro: 1) al referirse a la identidad del grupo este puede ser “esencializado”, es decir, definido a partir de rasgos universalizantes que no describen adecuadamente a los miembros del grupo; 2) la creación de distintos grupos con identidades específicas puede fracturar colectivos más amplios que podrían hacer causa común en procura de solucionar los mismos problemas que los afectan, con lo cual se disminuye la presión política a favor de sus reclamos; 3) la creación de determinados grupos con el fin de darles tratamiento especial puede ayudar a remarcar las diferencias existentes entre estos grupos y el resto de la sociedad, y no a lograr superar las condiciones de opresión que padecen estos grupos y a integrarlos con el resto de la sociedad; y 4) al decidir si un grupo determinado merece un tratamiento especial, una autoridad puede tener la tentación de hacer valoraciones morales sobre la actividad realizada por los miembros de un grupo, a efectos de juzgar si deben tener un derecho a ser protegidos.

II. La *política de la identidad* y sus críticos

1. Introducción

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha asumido la tarea de brindar atención especial a personas que hacen parte de grupos que se consideran discriminados, tomando en cuenta la especial situación en la que se encuentran. Este ha sido el propósito de la doctrina de los grupos marginados y discriminados, a favor de los cuales, según la jurisprudencia, el Estado debe cumplir obligaciones específicas. Se trata de un propósito bienintencionado erigido en ocasiones sobre la base de la asignación de rasgos específicos a los sujetos a favor de los cuales se pretende otorgar un trato favorable. Esta manera de justificar el trato favorable, no obstante, puede eventualmente ocasionar efectos políticos contrarios a la intención de lograr la superación de las situaciones de opresión de grupos determinados.

La estrategia de exigir reivindicaciones sociales a favor de un grupo que se supone posee determinada identidad ha sido designada con el nombre de “*política de la identidad*”, y ha sido objeto de cuestionamientos por parte de distintos teóricos que señalan que esta forma de acción puede, a la larga, producir algunos efectos políticos adversos para el grupo que pretende protegerse. Como se dijo en la introducción, el propósito de este trabajo es evaluar la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a ciertos grupos marginados y discriminados, a efectos de evaluar qué tan cauta ha sido la Corte al emprender su tarea, indagando especialmente si ha podido eludir esos riesgos que los críticos de la identidad señalan que pueden presentarse cuando se asignan derechos con base en reclamos identitarios.

Para realizar esta tarea, el trabajo acude a distintos estudios, originarios particularmente de Estados Unidos, que han analizado la estrategia política conocida como *política de la identidad*; estudios que pueden ser útiles para evaluar el ejercicio

emprendido por la Corte Constitucional al definir grupos de sujetos con el propósito de reconocer un tratamiento especial a su favor. Para tal efecto, el presente capítulo está dedicado a abordar dos asuntos distintos, que serán el marco que se utilizará para estudiar la jurisprudencia constitucional desde el punto de vista de los análisis sobre la política de la identidad. En primer lugar, se explica en qué consiste la llamada política de la identidad, y en la segunda se explican algunas de las críticas o cuestionamientos que distintos autores han formulado a ella en tanto estrategia de reivindicación de las pretensiones de grupos excluidos o subordinados. Al final, a modo de conclusión, se explicará la pertinencia de tomar en cuenta las críticas a la identidad para estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los grupos marginados y discriminados.

2. La política de la identidad

“Política de la identidad” es una expresión de gran carga semántica, pues ha sido usada en sentidos muy variados. Quienes la utilizan no siempre lo hacen con el fin de expresar lo mismo. Por ejemplo, Anthony Appiah identifica hasta siete acepciones en las que ha sido usado este término, para denotar ideas bien distintas²², a saber: (i) conflictos políticos acerca de quién hace parte de determinada identidad y quién no; (ii) estrategias empleadas por líderes políticos para movilizar personas con base en su identidad; (iii) el deber del Estado de tratar de manera distinta a identidades diferentes; (iv) los reclamos de reconocimiento que los miembros de un grupo pueden hacer; (v) reclamos políticos a nivel micro mediante los cuales se pretende hacer cumplir normas de identificación; (vi) la identificación de identidades supuestamente inherentes a la política, como aquella relacionada con la pertenencia a determinado partido político; y (vii) la movilización colectiva de grupos sociales para responder a los asuntos mencionados en los anteriores usos del concepto.

²² Cfr. Appiah, Kwame Anthony, “The politics of identity”, *Daedalus*, 135(4), 2006, p. 22.

Como se observa, todas estas acepciones tienen en común hacer referencia a grupos sociales dentro de una comunidad política, que reclaman para sí un tratamiento diferente por parte de la autoridad del que esta le otorga al resto de los miembros de dicha comunidad. No se trata, por lo demás, de cualquier grupo social, sino de grupos que se encuentran oprimidos, marginados o subordinados –rasgo que no está resaltado en las acepciones mencionadas por Appiah–, que reclaman superar las causas de su opresión²³.

El logro de esta finalidad a favor de ciertos sujetos –superar las causas de su opresión– tiene como punto de partida la afirmación de la existencia de un grupo dentro de una comunidad política, con rasgos que lo hacen diferenciable de los demás sujetos, al cual debe dársele un tratamiento especial. En ocasiones, cuando el grupo social ya es identificado como tal por el resto de la comunidad política, la estrategia sugerida por los partidarios de la política de la identidad es entonces la de *redefinir* las marcas negativas atribuidas a un grupo asignadas por la cultura dominante, para ofrecer, en vez de esto, un propio relato del individuo y de su comunidad²⁴. De allí entonces que este método de acción esté ligado con la identidad de los individuos: implica la identificación de la existencia de un grupo por parte de la comunidad política en la que él se encuentra, y en ocasiones también la auto-identificación de sus miembros como sujetos con rasgos, creencias, actitudes, etcétera, distintos a los de los demás miembros de una comunidad.

Debido a la polisemia del término, conviene de una vez demarcar la manera como se utilizará el concepto “política de la identidad” cuando se haga referencia a él en este trabajo. Así, se entiende que mediante la expresión se designa una estrategia utilizada, entre otros, por defensores y voceros de grupos subordinados, oprimidos, marginados (personas afro, mujeres, homosexuales, personas con discapacidades, entre otros), que se caracteriza por articular sus reivindicaciones políticas a partir de

²³ Ford, Richard Thompson, *op. cit.*,

²⁴ Cfr. Young, Iris Marion, *op. cit.*, capítulo 2 (en especial, pp. 58 a 61).

dos ideas: (i) que determinado grupo de personas posee una identidad específica (rasgos, características, comportamientos), y (ii) que debido a esa identidad dicho grupo merece un tratamiento específico por parte del Estado.

Estos reclamos de tratamiento especial pueden, y comúnmente son, formulados en términos jurídicos, caso en el cuando frecuentemente se formulan en términos de “derechos”²⁵. Cuando esto sucede, los reclamos de identidad hechos con base en fundamentos de derechos se articulan a partir de las siguientes tres premisas: (i) que determinado grupo oprimido posee una identidad específica, (ii) que debido a esa identidad ese grupo posee determinados derechos, y (iii) que esos derechos que posee ese grupo deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico²⁶.

Así definida, la política de la identidad guarda semejanzas con otros conceptos bien conocidos en la literatura política, como lo son la llamada *política del reconocimiento*, el *multiculturalismo* y la *política de la diferencia*. Para mayor claridad de las ideas expuestas en el texto, es conveniente hacer referencia a cada una de ellas, y explicar de qué forma se relacionan con la política de la identidad.

Los tres conceptos antes mencionados comparten con la política de la identidad un compromiso común: reevaluar las identidades irrespetadas de ciertos grupos marginados, así como cambiar los patrones dominantes de representación de dichos grupos²⁷. Ahora bien, cada uno de estos conceptos pone el énfasis en aspectos distintos, y es allí donde se encuentra lo que los distingue entre ellos. Así, los reclamos que se hacen desde el multiculturalismo tienen que ver con que existen

²⁵ En el plano norteamericano, el acercamiento de movimientos sociales hacia la formulación de sus pretensiones en términos de derechos se conoce como “legalismo”, y de él existen múltiples ejemplos, que han sido bien documentado. Por ejemplo, con relación al movimiento por los derechos civiles en las luchas en contra de la discriminación racial, Wendy Brown y Janet Halley anotan: “*como un lenguaje y estrategia para buscar justicia a favor de los históricamente subordinados, el discurso de los derechos civiles acuñado por la justicia racial se ha convertido casi en hegemónico*”. Brown, Wendy y Halley, Janet, *op. cit.*, p. 8.

²⁶ Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 301.

²⁷ *Cfr.* Ford, Richard Thompson, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

grupos minoritarios que poseen una cultura diferente, los cuales deben ser reconocidos y deben recibir un tratamiento acorde con su cultura. Por lo tanto, la mayoría de los teóricos del multiculturalismo tienden a centrar sus argumentos en grupos inmigrantes que son minoría por razones religiosas o lingüísticas, así como en grupos indígenas²⁸.

Quizás el exponente más destacado del multiculturalismo es Will Kymlicka, quien ha argumentado que los derechos de las minorías no pueden ser adecuadamente subsumidos en el discurso general de los derechos humanos. Según Kymlicka, el discurso de los derechos humanos no ofrece respuestas a problemas surgidos por la coexistencia dentro de un Estado de distintos grupos culturalmente diferenciados, pues, entre otras cuestiones, no dice nada acerca del grado de participación que debería concederse a las minorías en instancias regionales o locales de poder ubicadas en lugares donde estas minorías tengan marcada presencia, ni allí tampoco encontramos la respuesta a la pregunta sobre si los grupos minoritarios deberían tener una educación pública en su lengua materna, ni dice nada acerca del grado de integración cultural que puede exigírsele a los inmigrantes antes del reconocimiento de la ciudadanía, etcétera. Estas limitaciones del discurso general de los derechos humanos con relación a los grupos minoritarios con cultura propia hace que sea necesario, según Kymlicka, complementar los derechos humanos con derechos de las minorías. De esta manera, se conjugarían derechos universales asignados a los

²⁸ Cfr. Fleras, Augie, *The Politics of Multiculturalism*, New York: Palgrave Macmillan, 2009, pp. 4 y 5. Esta autora anota que, al igual que la expresión “política de la identidad”, el multiculturalismo también es un término polisémico, debido a que tiene distintos niveles de significado. En particular, hay autores que lo consideran un *hecho empírico*, para referirse al hecho de que el mundo que habitamos es demográficamente diverso debido a patrones globales de migración. Otros entienden el multiculturalismo como una *ideología*, para quienes este es un conjunto de ideas e ideales normativos para balancear los derechos de las minorías con los intereses nacionales. Otros lo entienden como *política o programa*, en el cual este es usado como una herramienta para construir marcos oficiales para avanzar los asuntos nacionales y culturales sin poner en peligro los temas nacionales. El multiculturalismo es también entendido como *práctica*, referido a la manera como los políticos, las minorías y las instituciones aplican las ideas y los ideales del multiculturalismo. Por último, Augie Fleras señala que en ocasiones el multiculturalismo es entendido como *contrahegemónico*, al cuestionar el eurocentrismo apuntalado por los principios fundacionales de las constituciones liberales, otorgando así la infraestructura teórica para construir movimientos sociales multiculturales.

individuos con independencia de su pertenencia a determinado, y derechos para grupos diferenciados a favor de minorías culturales²⁹.

En este sentido, la principal diferencia que existiría entre el multiculturalismo y la política de la identidad es que, aunque ambas claman trato especial a grupos oprimidos, el multiculturalismo lo hace basado en la necesidad de preservar culturas distintas a la imperante en un determinado lugar, mientras que la política de la identidad no limita su activismo a favor de grupos que se supone tienen una cultura particular³⁰. Así, por ejemplo, los defensores de la política de la identidad reclamarían un trato especial a grupos como el conformado por las personas que no tienen una orientación sexual heterosexual, más allá de que no se pueda decir de ellos que son culturalmente diferenciables del resto de la sociedad.

Por su parte, la *política del reconocimiento*, según explica Charles Taylor en su muy conocido ensayo que lleva el mismo título, ha tenido dos acepciones, una de las cuales es el otro término que conviene mencionar en este espacio dedicado a hacer precisiones conceptuales (la *política de la diferencia*)³¹. Así, de acuerdo con Taylor, el reconocimiento que las demás personas hacen de la identidad de un sujeto ha tenido dos acepciones distintas³². En un primer momento, por reconocimiento se hacía referencia a la necesidad de considerar que cada persona posee *una misma dignidad*, lo que lo hace merecedor de un mismo conjunto de derechos y prerrogativas. Posteriormente, debido a la importancia que fue cobrando la noción de identidad en los reclamos a favor de grupos oprimidos, lo que se pidió fuera reconocido es la identidad única y propia de cada individuo o grupo, aquello que lo hace *distinto* del resto de individuos o grupos. Así, en este segundo momento, la búsqueda de la

²⁹ Véase Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, New York: Oxford University Press, 1995. Para una revisión crítica de las ideas de Kymlicka, que da cuenta de las limitaciones de su propuesta para lograr un adecuado reconocimiento y acomodamiento de la diversidad cultural puede consultarse en: Bonilla Maldonado, *La constitución multicultural*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006.

³⁰ Véase Ford, Richard Thompson, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

³¹ Taylor, Charles, "The Politics of Recognition", *New Contexts of Canadian Criticism*, 1997, pp. 25 a 73.

³² *Ibíd.*, pp. 37 y 38.

identidad se ve ligada a la diferenciación de aquello de lo que no se es, por lo que la creación de identidades estaría necesariamente atada a la creación de diferencias. En suma, de acuerdo con lo expuesto por Taylor, podría considerarse que la política de la identidad denota lo mismo que la política de la diferencia, y, además, que una de las acepciones que tiene la política del reconocimiento guarda una estrecha relación con la política de la identidad (aunque no quedaría del todo recogida por ella, ya que, como se ha mostrado, hay otra acepción de política de reconocimiento ligada a la igual dignidad de todas las personas).

3. El “*doble filo*” de la política de la identidad

La estrategia de acción conocida como política de la identidad, al igual que las teorías que la apoyan, no han estado exentas de cuestionamientos. Sin negar la importancia que ha tenido para el logro de profundos avances en materia de justicia social a favor de grupos oprimidos, los críticos de la identidad han pretendido mostrar que la articulación de reivindicaciones sociales mediante derechos sobre la base de la identidad de determinado grupo está expuesta a ciertos problemas. Estas críticas de la identidad ocupan una buena parte de la bibliografía existente con relación a la política de la identidad, a tal punto que esta expresión también sirve para nombrar una especie de saco de arena contra el que se dirigen una variedad de críticas³³.

Algunos de los críticos de la identidad han argumentado que las identidades pueden ser entendidas como un arma de “*doble filo*”. Por un lado, pueden generar efectos políticos positivos, como ser útiles para la creación de lugares especiales de pertenencia cultural y de movilización política³⁴, que puedan aumentar la fuerza de las reivindicaciones de transformación de situaciones de opresión. Pero por otro

³³ Cfr. Ford, Richard Thompson Ford, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

³⁴ Brown, Wendy y Halley, Janet, “Introduction”, en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press, 2002, p. 7.

lado, la creación de identidades puede también ser un vehículo importante de dominación a través de la regulación³⁵. Vista desde este punto, la construcción de identidades puede terminar produciendo el efecto contrario que ha hecho que sea acogida y defendida por teóricos y líderes políticos y sociales, a saber: superar las situaciones de opresión en la que se encuentran ciertos grupos. Ello sucedería cuando la política de la identidad pueda llevar a sofocar, en vez de a animar, la apertura democrática³⁶. Algunos críticos de la política de la identidad han señalado que existen diversas maneras como podrían ocurrir efectos políticos adversos que perjudiquen a los grupos oprimidos que se pretenden favorecer. A continuación se mencionarán cuatro de ellas, las que son mencionadas con más frecuencia en la literatura sobre el tema.

a. La “esencialización” del grupo oprimido

Quizás el cuestionamiento que con más frecuencia le es formulado a la política de la identidad tiene que ver con el riesgo de “esencializar” el grupo a favor del cual se pretende lograr un tratamiento especial. Al identificar que determinado grupo es vulnerable y las razones por las que lo es, se corre el riesgo de que tal actuación puede ser vista como intrusiva, pues al hacer tal identificación pueden tomarse en cuenta características que, lejos de ser realmente sentidas como propias por los miembros que conforman determinado grupo, son objeto de disputas políticas al interior del grupo que es definido, o aún en el caso de que no den lugar a disputas políticas dentro del grupo, pueden ser entendidas como elecciones individuales de quienes lo conforman, que no tendrían que ser relevantes para efectos de determinar la pertenencia de un sujeto a un grupo social³⁷. En ese sentido, puede suceder que en vez de simplemente describir los rasgos que hacen que un grupo sea diferente de los demás y deba recibir especial atención, realmente lo que hagan quienes actúan

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Parker, Richard D., “Five Thesis of Identity Politics”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 29 no. 1, septiembre de 2005, p. 55.

³⁷ Véase Ford, Richard Thompson, *op. cit.*, p. 25.

conforme a la política de la identidad sea imponer a todos los miembros del grupo la manera como ellos mismos deberían entenderse.

Así, una visión universalista de un grupo puede imponer determinados rasgos como definitorios del grupo, ignorando las disputas políticas existentes dentro del grupo o negando la individualidad de quienes lo conforman. Esto puede conducir a una nueva opresión en contra de aquellos cuya posición política o cuya agencia es ignorada, oprimiendo aún más a sub-grupos dentro del grupo oprimido que es objeto de regulación³⁸.

El cuestionamiento que Judith Butler hace a la universalidad de la identidad femenina defendida por algunas feministas sirve para ilustrar esta crítica. De acuerdo con Butler, *“insistir en la coherencia y la unidad de la categoría de las mujeres ha negado, en efecto, la multitud de intersecciones culturales, sociales y políticas en que se construye el conjunto concreto de mujeres”*³⁹. Estas intersecciones negadas por algunas feministas erigen barreras a la representación de los intereses de las mujeres, haciendo que los planteamientos del grupo representen mejor a algunas mujeres que a otras. Esto mismo puede replicarse en otros grupos oprimidos que pretenden ser liberados mediante reclamos identitarios.

Al hacer descripciones universalistas de un grupo, la política de la identidad promueve la agrupación de sujetos distintos sobre la base de uno de sus rasgos (su género, su orientación sexual, su raza, su etnia, entre otros), el cual es considerado el eje de la movilización política del grupo. De esta forma, se presiona a los miembros del grupo a identificar ese eje como su rasgo definitorio, como condición para hacer parte del grupo y para acceder a los derechos o beneficios atados a la “identidad”, cuando de hecho ellos pueden considerarse como sujetos complejos que no pueden

³⁸ *Ibíd.*, p. 26.

³⁹ Butler, Judith, *El género en disputa*, Barcelona: Paidós, 2007, p. 67.

ser representados de esa manera selectiva o reduccionista⁴⁰. La posibilidad de que esto suceda es aún más problemática en situaciones en las que el rasgo identificado como característico de un grupo se aleja de las circunstancias que son la causa principal de la opresión que este padece, y en cambio se refiere a otros aspectos. Cuando esto pasa, el eje de articulación de varias personas puede terminar siendo uno que no tiene que ver con lo que causa su desigualdad, desdibujando así la acción política que el grupo pretende promover. La crítica de Richard Ford a la diferencia cultural como rasgo característico de las personas afro sirve para ilustrar este punto. De acuerdo con él, articular los reclamos de justicia racial sobre la base de una supuesta identidad cultural de las personas afro hace pensar que las injusticias vividas por las personas negras tienen que ver con diferencias culturales realmente existentes, mas no con el racismo, entendido como una *“institución social basada en una jerarquía formal de estatus y en un conjunto de ideologías que justifican esa jerarquía”*⁴¹.

Del riesgo latente de esencializar a un grupo por emplear políticas de la identidad son conscientes incluso algunos de los que respaldan esta clase de acciones. Estos partidarios de la política de la identidad han propuesto fórmulas para conjurar el riesgo de esencializar a los grupos que se pretende favorecer, con el fin de hacer que pueda seguir siendo utilizada para lograr superar las condiciones de opresión de determinados grupos, sin caer en los riesgos que esta estrategia supone. No obstante, las fórmulas propuestas por ellos no parecen suficientes para eludir el riesgo de imponer cierta conformación de un grupo, que desatienda las diferencias existentes a su interior. Vale la pena señalar un ejemplo de estos intentos de defensa de la política de la identidad, con el fin de mostrar las limitaciones de su propuesta.

⁴⁰ En similar sentido, Richard Ford señala que *“un derecho a la diferencia de grupo puede ser experimentado como entrometido en el mejor de los casos y como opresivo en el peor, incluso por algunos miembros del grupo a quienes el régimen de derechos beneficia ostensiblemente”*. Ford, Richard Thompson, *op. cit.*, p. 25.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 31.

Es el caso, por ejemplo, de Iris Marion Young. Young defendió la idea de que existen grupos culturalmente diferenciables al interior de una comunidad política, que merecen por ello un tratamiento diferenciado por parte del Estado. Al explicar la manera como debía ser definida la identidad de los grupos que merecerían un tratamiento especial, fue consciente de los riesgos de generar nuevas exclusiones al interior del grupo, señalando que *“el intento de reducir a todas las personas a la unidad de una medida común construye como desviaciones a aquellos cuyos atributos difieran de los atributos grupales específicos implícitamente asumidos en la norma. Conducir a la unidad la particularidad y multiplicidad de prácticas, símbolos culturales y formas de relacionarse en categorías claras y distintas convierte a la diferencia en exclusión”*⁴².

Para conjurar este riesgo, Young explica que la diferencia entre los grupos debe ser construida a partir de la interacción y diferenciación entre las personas, como resultado de los cuales algunas sentirán tener afinidad entre ellas. Así, la pertenencia a un grupo estaría determinada por la identificación subjetiva de una persona con otras con quienes siente afinidad, así como por la atribución de pertenencia a un grupo que otras personas de la comunidad política en general hacen a un miembro de un grupo oprimido. De esta manera, se trataría de un proceso de identificación que depende de los miembros del grupo y del reconocimiento de tal membresía por parte del resto de personas, rechazando así el imperialismo cultural que pretende imponer identidad propia a los miembros de determinado grupo⁴³. De acuerdo con

⁴² Young, Iris Marion, *op. cit.*, p. 169.

⁴³ En la teoría de Young, el imperialismo cultural es una de las cinco caras que toma la opresión (junto con la explotación, la marginación, la falta de poder y la violencia). De acuerdo con Young, el imperialismo cultural involucra la universalización de la experiencia y la cultura, y su establecimiento como norma. Los grupos dominantes, sin necesariamente darse cuenta de ello, construyen la diferencia con los demás grupos sobre la base de la ausencia y de la negación. Esos grupos son marcados como los “otros”. Este rasgo de ser “los otros” da lugar a experiencias específicas no compartidas con el grupo dominante. Además, suelen ser segregados por los grupos dominantes y ocupan un lugar específico en la división social del trabajo. Por estas tres razones, los grupos oprimidos por lo que Young denomina imperialismo cultural poseen una cultura propia (lo cual no necesariamente sucede respecto de los grupos víctimas de las otras cuatro caras de la opresión identificadas por Young). Esto hace que su propuesta de diferenciación como estrategia de acción esté

Young, esta manera de conformar un grupo bien puede dar cuenta de las diferencias que existen en su interior, *“las cuales son fuente potencial de sabiduría, emoción, conflicto y opresión”*⁴⁴.

No obstante, la identificación de un grupo solo podría llevar a evitar nuevas opresiones a su interior si su confirmación es dejada permanente abierta, permanentemente en disputa, permanentemente contingente, con el fin de no anular de antemano futuros reclamos de inclusión⁴⁵. La propuesta de Young no tiene estas características. Por un lado, según ella lo reconoce, la afinidad es un sentimiento subjetivo, por lo que bien es posible que alguien la sienta hacia un grupo de personas, pero ese grupo de personas no la sienta hacia ella, por lo que sentirla no significa aceptación dentro de un grupo determinado. Por otro lado, si, como lo argumenta convincentemente Young, un entendimiento erróneo de un grupo particular por parte de la cultura dominante es un riesgo serio, entonces también debería generar preocupación el reconocimiento que las instituciones puedan hacer de dicho grupo. Adicional a esto, a diferencia de lo que supone Young, es dudoso que la experiencia de una mujer de raza negra y que vive en condiciones de pobreza quede abarcada si se le reconoce como miembro de tres grupos oprimidos diferentes (el de las mujeres, el de las personas de raza negra, y el de las personas en condiciones de pobreza), como si su experiencia pudiera ser comprensible a partir del análisis por separado de las condiciones de opresión que se reúnen en ella, para luego sumarlas al final y obtener un relato adecuado de su situación y experiencia⁴⁶.

específicamente referida a los grupos víctimas de imperialismo cultural. Cfr. Young, Iris Marion, *op. cit.*, capítulo 2 (en especial, pp. 58 a 61).

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 172 y 173.

⁴⁵ Esta es la razón por la que Judith Butler considera que los intentos por buscar un sujeto universal más incluyente y más diverso como base de las discusiones políticas son infructuosos, pues generarían nuevas y posteriores exclusiones. Cfr. Butler, Judith, “Contingent Foundations”, en Benhabib Seyla y otras, *Feminist Contentions. A Philosophical Exchange*, Nueva York: Routledge, 1995, pp. 40 y 41.

⁴⁶ Wendy Brown lo explica de la siguiente forma: *“tratar las varias modalidades de formación de los sujetos como simplemente aditivas o incluso interseccionales es omitir la manera como los sujetos son*

Lo anterior ilustra que no es sencillo sortear satisfactoriamente el riesgo de definir al grupo al que se pretende proteger de manera que se respeten las intersecciones, las disputas políticas y las elecciones individuales de sus miembros. De allí entonces la importancia de tener bien presente este cuestionamiento que se le hace a la política de la identidad, que llama la atención sobre la posibilidad de que se calcifique al grupo que se pretende proteger, generando nuevas opresiones que afecten a determinados subgrupos.

b. Repliegue de fuerzas para presionar por causas comunes

Otra de las críticas planteadas a la política de la identidad es que la proliferación de intereses específicamente asignados a grupos distintos puede desviar la atención lejos de las desventajas compartidas por *todos* los grupos vulnerables, como por ejemplo la pobreza, el desempleo, la falta de acceso a recursos públicos y a vivienda adecuada, entre otros. Así, al crear grupos con el ánimo de darle un trato específico a cada uno de ellos, se pueden estar fracturando grupos de personas que podrían hacer causa común por los mismos problemas y ejercer mayor presión sobre las instituciones exigiéndoles transformaciones. De esta manera, la finalidad igualitaria perseguida por la identificación de grupos especialmente vulnerables puede terminar siendo anti-igualitaria en el largo plazo⁴⁷.

Este cuestionamiento a la reivindicación de transformaciones en el plano político basada en reclamos identitarios es similar a la caracterización que Marx hace de los derechos humanos en general. De acuerdo con Marx, los derechos humanos “*no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir, del hombre*

traídos a la existencia a través de discursos subjetivizantes, una producción que no ocurre por partes aditivas, interseccionales o superpuestas sino a través de historias complejas y a menudo fragmentadas en el que múltiples fuerzas sociales son reguladas por otras y unas en contra de otras”. Brown, Wendy, “Suffering the Paradoxes of Rights”, en Brown, Wendy y Halley, Janet, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁷ Ford, Richard Thompson, *op. cit.*, p. 17.

*egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad*⁴⁸. Esto, según Marx, se ve reflejado con claridad en la noción de libertad consagrada en la Declaración de los Derechos del Hombre, la cual “*no se basa en el vínculo del hombre con el hombre sino, mas bien, en la separación del hombre con respecto al hombre*”⁴⁹.

Así, los derechos humanos instauran una visión de la libertad según la cual la sociedad no es el lugar de realización de la libertad, sino más bien su limitación, promoviendo así la actuación egoísta de los individuos amparada en sus derechos⁵⁰. Como señala Kennedy, detrás de esta crítica de Marx subyace una idea clara acerca de cómo entender una buena sociedad, que sería aquella en la que se valorarían el consenso y el sacrificio a favor de la comunidad, por encima de cualquier demanda o reclamo que tuviera como intención ignorar a una persona afectada por las acciones de otro⁵¹. En este sentido, mientras que la crítica marxista de los derechos humanos pretende tachar el egoísmo promovido por los derechos humanos, la crítica de la política de la identidad de la que se habla en este apartado apunta también a criticar el egoísmo que esta promueve entre grupos oprimidos, desincentivando así el consenso al que podría haber lugar entre dichos grupos por lo menos con relación a aquellos males que son padecidos por varios o todos ellos, y promoviendo su actuación desarticulada con relación a otros grupos que pueden encontrarse en situaciones de opresión similares.

c. Profundización de la separación entre los grupos oprimidos y el resto de la comunidad política

⁴⁸ Marx, Karl, “Sobre la cuestión judía”, en Bauer, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión judía*, México: Anthropos Editorial, 2009, p. 147.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 148.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Kennedy, Duncan, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, en Brown, Wendy y Halley, Janet, *op. cit.*, p. 215.

Como se señaló en la introducción de este trabajo, la política de la identidad surge como alternativa a la estrategia asimilacionista impulsada por distintos actores (entre ellos algunos movimientos sociales, como por ejemplo el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos), la cual pretendía igualar los derechos de los grupos oprimidos con aquellos que les eran reconocidos al resto de las personas de una comunidad política. El argumento para oponerse a tal alternativa era que la aplicación de unos derechos de manera universal no tomaba en cuenta la situación específica en la que se encontraban ciertos sujetos, que merecía una atención especial por parte del Estado⁵².

Frente a esta línea de argumentación, los críticos de la identidad han cuestionado que la creación de determinados grupos con el fin de darles tratamiento especial puede ayudar a remarcar las diferencias existentes entre estos grupos y el resto de la sociedad, y no a lograr superar las condiciones de opresión que padecen estos grupos y a integrarlos con el resto de la sociedad⁵³. Cuando esto sucede, la situación que se da también es la inversa a la que se pretendía inicialmente al impulsar reclamos basados en la identidad de las personas. Así, aunque el reconocimiento de un grupo como sujeto particular merecedor de derechos se hace con el fin de superar las condiciones de opresión que un grupo de personas padecen, podría terminar por reforzar la separación entre el grupo que se pretende proteger y las demás personas. Así sucedería cuando una autoridad entiende un comportamiento particular como parte de la cultura de determinado grupo, lo cual puede motivar que más personas pertenecientes a ese mismo grupo adopten ese comportamiento como parte de su identidad, y a que personas que no se identifican con dicho grupo lo utilicen para

⁵² Young, Iris Marion, *op. cit.*, pp. 156 y ss. (distinguiendo entre la “liberación como la eliminación de la diferencia de grupo” y los “movimientos por la especificidad de los grupos y el orgullo cultural”); Ford, Richard Thompson, *op. cit.* (explicando, en el contexto de los movimientos raciales en Estados Unidos, las dos tendencias políticas predominantes, i. e., la integración y la diferencia cultural).

⁵³ Ford, Richard Thompson, *op. cit.*, p. 25.

desmarcarse de un grupo oprimido, por considerarlo inauténtico o incluso como si se tratara de alguna clase de intromisión cultural⁵⁴.

d. Valoración de los rasgos que presuntamente identifican a un grupo

La decisión de proteger o no actividades realizadas por un grupo en particular, o de reconocerles las pretensiones por ellos formuladas, puede dar lugar a decisiones difíciles, que no se presentarían cuando se indaga por “derechos” o tratos que son debidos a toda la comunidad o a gran parte de ella. Específicamente, la autoridad encargada de atender los reclamos de tratamiento diferenciado (por ejemplo, un tribunal) puede, para efectos de analizar la validez de tal reclamo, estudiar si la práctica o trato que se pretende proteger merece o no tal protección. Puesto en otros términos, es posible que la autoridad primero estudie si algún rasgo o característica de un grupo sea *digna de protección*, para efectos de resolver luego si concede el tratamiento especial solicitado. De esta forma, una autoridad puede tener la tentación de hacer valoraciones morales sobre la actividad realizada por los miembros de un grupo, a efectos de juzgar si deben tener un derecho a ser protegidos. Además, luego de pronunciarse sobre la dignidad o indignidad de una determinada práctica o rasgo de un grupo, la autoridad puede estar tentada a adscribir ese trato o práctica a un grupo, luego de haberse pronunciado sobre sus méritos, haciendo ver ese trato o práctica como esencial a un grupo (cuando hace esto, procede a esencializar a un grupo, crítica que fue expuesta con detalle más arriba)⁵⁵.

e. Síntesis

Puesto en otros términos, aun cuando su intención sea la contraria, cuando se sostiene que existen grupos oprimidos que cuentan con una identidad propia y que,

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 26.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 59 y ss.

por esta razón, requieren la asignación de derechos específicos, pueden generarse consecuencias políticas negativas al interior del mismo grupo (críticas a) y d)), con relación a otros grupos (crítica b)), o con respecto al resto de la sociedad (crítica c)). Estas advertencias pueden ser una guía útil para evaluar una doctrina jurisprudencial que define quiénes son grupos especialmente marginados o discriminados que merecen, por ello, un tratamiento especial, basándose en algunas ocasiones de criterios identitarios para hacer tal definición. Específicamente, tales advertencias llaman la atención sobre la pertinencia de cuestionar la idea que la asignación de derechos a grupos marginados y discriminados es siempre y en todos los casos favorable para dichos grupos. En cambio, lejos de esto, muestran que, aplicada con descuido, puede, a la larga, ser desfavorable para sus intereses.

4. La pertinencia de las críticas a la identidad para evaluar la tarea de la Corte Constitucional

Según lo expuesto, la política de la identidad defiende la tesis de que a grupos diferentes, con identidad propia, debe reconocérseles un tratamiento diferente, con el fin de lograr para ellos superar las condiciones de opresión en las que se encuentra. Quienes sostienen esta idea afirman tres planteamientos a la vez: (i) que determinado grupo oprimido de personas posee una identidad específica, (ii) que debido a esa identidad ese grupo posee determinados derechos, y (iii) que esos derechos que posee ese grupo deben ser reconocidos en el ordenamiento jurídico⁵⁶.

Esta definición pone de presente sus semejanzas con la identificación por parte de la Corte Constitucional de grupos marginados o discriminados, pues mediante tal doctrina jurisprudencial (la de los grupos marginados y discriminados) se definen determinados grupos de sujetos, se afirma que tales grupos deben ser tratados de manera especial por ser marginados y discriminados (lo cual quiere decir que a ellos

⁵⁶ Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 301.

se les debe proteger ciertos derechos de manera diferente), y se ordena el reconocimiento y la protección de tales derechos en el ordenamiento.

Es válido utilizar los trabajos críticos de la política de la identidad para analizar pronunciamientos judiciales en los que la argumentación que se utilice sea basada o acuda a elementos identitarios. Esto se debe a que, en últimas, la crítica a la política de la identidad llama la atención sobre los problemas que puede tener articular un discurso de reivindicación de derechos a partir de la alegada existencia de una identidad de un grupo, discurso que es y ha sido defendido por distintos movimientos políticos, pero que también puede ser y ha sido intentado por tribunales, algunas veces en respuesta a litigantes cuya estrategia pueda ser utilizar esta clase de argumentos.

De hecho, los tribunales son un escenario de especial interés para examinar con detalle el funcionamiento de reclamos de trato diferenciado a partir de argumentos identitarios. Ante ellos, cualquier persona que se sienta parte de un grupo oprimido puede acudir para reclamar que se le reconozca determinado derecho por su pertenencia al grupo. Lo que decidan los tribunales al estudiar el caso planteado por un litigante individual puede tener efectos en los demás miembros del grupo del que dicho litigante dice hacer parte. Las consideraciones que el tribunal llegue a hacer sobre la identidad del grupo podrán tener un efecto regulador sobre sus miembros, tomando en cuenta que se trata de una decisión de autoridad amparada con la fuerza del precedente.

Cabría preguntarse qué tan desventajoso para un grupo puede ser que una autoridad judicial haga un relato inadecuado de la identidad de determinado grupo oprimido. Podría pensarse, en principio, que un fallo judicial en el que se haga referencia a un grupo marginado no debería incidir significativamente en la configuración de la identidad del grupo, pues este podría rechazarla o ignorarla por ser falsa o

inadecuada. Si esto fuera cierto, en gran parte perdería interés revisar la jurisprudencia constitucional sobre grupos marginados y discriminados tomando en cuenta las críticas a la política de la identidad, pues incluso si hubiera incurrido en los cuestionamientos denunciados por los críticos de dicha estrategia, en realidad dicha jurisprudencia no podría incidir negativamente en los grupos que pretende favorecer.

Este cuestionamiento tiene respuesta recordando la manera como, según Taylor, se construyen las identidades. Como se mencionó antes, las identidades no son simplemente impuestas, reguladas por una autoridad y obedecidas o acatadas por quienes son los destinatarios de tal regulación. En cambio, se construyen de manera dialógica, tomando en cuenta tanto el relato que un grupo o un individuo hace de sí, como el reconocimiento o el cuestionamiento que los otros hacen de dicha identidad. Si se considera a la autoridad judicial como un “otro significativo”, podrá entenderse que efectivamente es capaz de influir en la construcción de identidades de un grupo. Cuando determinada identidad se vuelve condición para acceder a ciertos derechos o beneficios, ignorarla o rechazarla puede significar no acceder a ellos o perderlos. Así, por lo menos por razones estratégicas, la decisión de un tribunal de atar unos derechos a una identidad específica puede impulsar al grupo a repensar los términos en los que se define su identidad.

Así, en este trabajo no se asume que lo dicho por la Corte Constitucional al referirse a la identidad de un grupo sea, sin más, lo que constituye esa identidad. Si así fuera, se desconocería la manera como los sujetos pueden reafirmar su identidad más allá de cómo ella haya sido regulada. Esto es algo que pueden hacer, por ejemplo, debido a que las normas que de ello se ocupan pueden en determinado momento ser utilizadas de manera estratégica por algunos grupos para obtener ciertas finalidades sociales, con lo cual estos pueden valerse de ellas para lograr reivindicaciones

políticas⁵⁷. Por el contrario, en este trabajo se defiende la idea de que las decisiones de un tribunal efectivamente pueden llegar a influir en la construcción de la identidad de los grupos a los que ellas denominan como marginados y discriminados, y de allí que sea pertinente valerse de las críticas a la identidad expuestas en este capítulo para revisar su jurisprudencia.

⁵⁷ Así lo sugiere Isabel Cristina Jaramillo en su libro *Derecho y familia en Colombia*, en el que sostiene que “los criterios que producen las identidades pueden ser apropiados estratégicamente por individuos que aparentemente no estaban en mente de quienes plasmaron las identidades en los documentos”. Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2013, p. 320.

III. La Corte Constitucional como juez de identidades: tres casos de grupos marginados y discriminados definidos a partir de rasgos identitarios

Como se ha señalado en repetidas ocasiones, el propósito de este trabajo es mostrar que en determinadas ocasiones la Corte Constitucional, con el fin de otorgar un tratamiento jurídico especial a determinado grupo de personas, se ha pronunciado sobre rasgos que ésta considera propios de la identidad del grupo, lo cual eventualmente puede conllevar riesgos para los miembros del grupo beneficiario de ese tratamiento. En los dos capítulos anteriores se han abordado temas que apuntan hacia el objetivo trazado. En primer lugar, se estudió la doctrina de la Corte Constitucional en materia de los criterios de identificación de los grupos marginados y discriminados. A partir de este análisis se concluyó que en la jurisprudencia constitucional no existe un referente claro que guíe la asignación de ese estatus a un grupo particular, sino que este ejercicio varía dependiendo de cada caso. Se señaló también que en algunos de estos casos la Corte Constitucional ha hecho consideraciones con relación a la identidad de un grupo en particular antes de decidir si este merece ser reconocido como grupo marginado y discriminado, lo cual puede producir determinados efectos políticos adversos para el grupo protegido, dependiendo de las consideraciones que tome en cuenta la Corte. Estos efectos adversos han sido advertidos por los críticos de la política de la identidad. Para poder tomar en cuenta estas críticas a la hora de evaluar la práctica de la Corte Constitucional en casos en los que se ha referido a la identidad de un grupo, el segundo capítulo se ocupa de hacer una exposición de ellas. Para esto, primero explica en qué consiste la política de la identidad, y luego menciona cuatro críticas que a ella le han dirigido distintos autores.

Ahora bien, en este tercer capítulo convergen los dos temas estudiados en los capítulos anteriores para culminar el objetivo del presente trabajo. Así, se retoma la

idea que se dejó planteada al final del primer capítulo, según la cual en algunas ocasiones la Corte Constitucional, para decidir sobre el estatus de marginado o discriminado de un grupo particular, ha hecho consideraciones relacionadas con la identidad del grupo en cuestión. Para ilustrar lo anterior, se plantean tres casos en los que ha procedido de esta manera, relacionado con tres grupos de personas: los y las que ejercen la prostitución, la población afrodescendiente y los pueblos indígenas. Respecto de estos tres grupos se muestra qué consideraciones acerca de su identidad hizo la Corte Constitucional. Con base en esto, se retoman las críticas a la política de la identidad expuestas en el segundo capítulo, para analizar si en estos tres casos la Corte ha incurrido en algunos de los riesgos denunciados por los críticos de la identidad.

1. Las y los trabajadores sexuales como grupo que se dedica a una actividad que no es “*encomiable ni promovible*”

Al momento de resolver casos que involucraban a personas que se dedican a la prostitución, la Corte Constitucional las ha reconocido como un grupo marginado y discriminado. Al hacerlo, ha revisado cuál es la protección constitucional que a ellas se les debe reconocer, especialmente con relación a la protección laboral a la que tienen derecho. Para resolver lo anterior, ha entrado a valorar la práctica que definiría a este grupo (el trabajo sexual), atribuyéndole un claro disvalor a la actividad, y en consecuencia, reconociendo una protección laboral incompleta a quienes conforman este grupo. En este sentido, el caso de las mujeres que ejercen la prostitución es un buen ejemplo de la posibilidad de que la Corte, al atender los reclamos de tratamiento diferenciado, para efectos de analizar la validez de tal reclamo valore negativamente una actividad adscrita al grupo⁵⁸. Se trata de una argumentación relacionada con la identidad de las personas que ejercen la prostitución, en la medida en que se asume que la actividad a la que se dedican es

⁵⁸ A este riesgo se hizo alusión en el literal d) del capítulo anterior, titulado “Valoración de los rasgos que presuntamente identifican a un grupo”

necesariamente degradante para todas ellas y que en consecuencia nadie está habilitado para tomar la decisión libre y voluntaria de desempeñarla. En este sentido, la Corte Constitucional se pronuncia sobre lo que deberían desear todas las personas dedicadas a la prostitución, y extrae consecuencias jurídicas a partir de este supuesto. A continuación se muestra la línea jurisprudencial en la que la Corte se ha referido a la identidad de este grupo al que ha considerado como marginado y discriminado.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a las personas que ejercen la prostitución sirve para ilustrar cómo se presentan dos de las críticas de la política de la identidad en la práctica de tribunales. Así, la jurisprudencia en torno a las personas que ejercen la prostitución como grupo marginado y discriminado muestra que los jueces, para reconocerle a un grupo un tratamiento especial, pueden caer en dos de los cuatro riesgos identificados en el capítulo anterior: hacer una valoración de los rasgos que identifican al grupo (en este caso, la actividad a la que se ocupan sus miembros) y proponer ese rasgo como un elemento esencial del grupo. A continuación se explica cómo operaron estos dos riesgos en la jurisprudencia constitucional.

En distintas oportunidades la Corte Constitucional ha conocido casos en los que ha tenido que estudiar el régimen jurídico aplicable a la actividad de prostitución, para efectos de determinar la protección a la que tienen derecho quienes ejercen esta actividad⁵⁹. En tan solo uno de ellos, el más reciente de los que se estudian en este apartado, le asignó el estatus de marginado y discriminado al grupo que se dedica a dicha práctica. Se trata de la sentencia T-629 de 2010, en la que la Corte sostuvo que

⁵⁹ Sobre este tema se pronunció en las sentencias SU-476 de 1997, C-507 de 1999, C-636 de 2009, entre otras.

los y las trabajadoras sexuales son una *“minoría o grupo social tradicionalmente discriminado que se encuentra por tanto en condiciones de debilidad manifiesta”*⁶⁰.

En esa sentencia la Corte Constitucional no profundiza acerca de los hechos en los que se traduce esa tradicional discriminación de la que han sido objeto los y las trabajadoras sexuales. Lo más cercano que hace al respecto es mencionar las razones por las cuales esta actividad ha sido objeto de regulación a nivel internacional y en legislaciones extranjeras, indicando entre los factores que motivan a ello la relación de la prostitución con ciertos delitos, su vínculo con la trata de personas, la generación de consecuencias humanas y sociales, entre las que menciona *“la proliferación de enfermedades venéreas, el deterioro de la integridad familiar y en general, de las condiciones de vida de quienes la ejercen”*⁶¹.

La acción de tutela resuelta por la sentencia mencionada fue interpuesta por una mujer que se desempeñaba como trabajadora sexual en un establecimiento dedicado a la prostitución, actividad que no pudo continuar ejerciendo debido a que su empleador decidió contratar a otra persona por el estado de embarazo de la tutelante. El caso, entonces, exigía determinar si los y las trabajadores sexuales tienen alguna protección laboral, y en ese caso, cuál era el alcance de dicha protección. Para contestar lo anterior, la Corte señaló que la prostitución es una actividad que no está prohibida por la Constitución, siempre que sea ejercida de manera voluntaria, sin constreñimiento ni inducción, y siempre que no afecte derechos de terceros. Pero además, realiza una serie de juicios morales sobre la actividad, todos ellos encaminados a descalificarla y tacharla de degradante. Dice, en

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-629 de 2010. La cita de la Corte es confusa. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de los criterios que identifican a un grupo marginado y discriminado, la debilidad manifiesta es uno de los cinco factores que permitirían concluir que se está en presencia (ver capítulo 1 y sentencia T-291 de 2009). Así, no todos los grupos marginados y discriminados se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Pero la cita extraída de la sentencia T-629 de 2010 sugiere que todo grupo discriminado sí se encuentra en situación de debilidad manifiesta.

⁶¹ *Ibíd.*

este sentido, que subyace a la Constitución y a los tratados de derechos humanos la intención de excluir “a la prostitución de los paradigmas del desarrollo profesional, laboral o personal de un individuo y se aspira a que quienes a ello se dedican puedan ‘redimirse’”, sin referirse específicamente a las normas que la llevan a esa categórica conclusión; que se trata de una actividad de “carácter no ejemplificante”; que “en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad”; y que es un oficio que no es “ni encomiable ni promovible”⁶². Después de extensas consideraciones, concluye la Corte que las y los trabajadores sexuales tienen derecho a la protección laboral, pero de manera incompleta si se la compara con la protección laboral que posee un trabajador, en el sentido que no pueden solicitar reintegro en caso de despido injustificado (porque serían restituidos a una actividad degradante), pero sí ciertas garantías en seguridad social.

La argumentación de la Corte Constitucional que motiva la sentencia T-629 de 2010 no es aislada dentro de su jurisprudencia, sino que reitera y consolida una línea jurisprudencial (aunque en los fallos judiciales anteriores a la mencionada sentencia de tutela no reconoció a las personas que ejercen la prostitución como grupo marginado y discriminado). Dentro de las decisiones judiciales que conforman esa línea jurisprudencial, hay una que es particularmente útil para mostrar la consistencia del razonamiento de la Corte Constitucional relacionado con la identidad de los y las trabajadoras sexuales. Se trata de la sentencia C-636 de 2009, en la cual se revisó la norma de Código Penal que sanciona con pena de prisión (de diez a veintidós años) y multa (de sesenta y seis a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes) a quien, con el fin de lucrarse o de satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona.

En esta sentencia la Corte considera que la prostitución es un “fenómeno social común a todas las civilizaciones y a todos los tiempos”, por lo que no puede ser

⁶² *Ibíd.*

erradicado. Además, menciona, sin detenerse mucho en explicarlo, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad impide que sea penalizado el acto de prostitución. No obstante, según la Corte, se trata de un acto que se opone a la dignidad, por lo cual su existencia debe asumirse como un mal menor, lo cual implica que sea tolerado por el Estado, pero se reconozca como nocivo. Es decir, aparentemente, una persona que decida practicar la prostitución está ejerciendo su libre desarrollo de la personalidad, lo cual debe *tolerarse* más allá de que este derecho se ejerza para tomar la decisión de practicar una actividad indigna. Ahora bien, a la vez que aparentemente se protege (o mejor: se tolera) la decisión de ejercer la prostitución como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también se pone en cuestión la posibilidad de que exista un consentimiento real de ejercer la prostitución. Al respecto, la Corte señala que el consentimiento puede darse más por necesidad o por ignorancia, que por la voluntad de ejercer este oficio⁶³. De allí que, para la Corte, sea posible penalizar la inducción de la prostitución más allá del consentimiento de la víctima.

A la contradicción entre la prostitución y la dignidad humana aparentemente se le suman otros factores que habilitan la regulación del trabajo sexual. De acuerdo con la Corte, a estos se les suman: *“la proliferación de enfermedades venéreas en ambientes de bajo control de salubridad; el deterioro de la integridad familiar; y, por contera, el impacto denigrante y deformador que reciben los niños”*⁶⁴. En realidad, puede decirse que varios de estos factores desarrollan la afirmación de la Corte según la prostitución es indigna, para decir que lo es a tal punto que afecta la integridad de la familia y la formación de los menores. En este sentido, en esta sentencia persiste la Corte en señalar que la razón por la que el Estado puede desincentivar la prostitución está más asociada con el control de una actividad

⁶³ Al respecto, señala la Corte que *“Un consentimiento inicial, viciado ya por la necesidad o por la ignorancia, es altamente susceptible de convertirse en sujeción coactiva”*. Corte Constitucional, sentencia C-636 de 2009.

⁶⁴ *Ibíd.*

indigna, que con factores como la salubridad pública o los contextos de violencia a los que se exponen las personas que ejercen la prostitución⁶⁵.

En estas dos sentencias (y en las otras que componen la línea jurisprudencia en materia de prostitución⁶⁶) la valía de lo que significa ser trabador o trabajadora sexual es construida a partir de juicios universalizantes, que no toman en cuenta la complejidad y diversidad de quienes se dedican a esa práctica, desconociendo la agencia de los sujetos involucrados. Nunca la Corte toma en cuenta experiencias personales de los sujetos directamente afectados en la actividad planteada por los casos revisados, pero en todo caso realiza juicios acerca de lo que significa dedicarse a esa actividad. Así, parece pesar más en la decisión los prejuicios morales de los jueces que deciden, que la vivencia de las personas sobre las cuales estos jueces tuvieron que pronunciarse. Incluso, en el caso bajo estudio en la sentencia T-629 de 2010, la Corte desatiende la solicitud expresamente formulada en la acción de tutela, en la cual la actora pedía *“que se me reintegre laboralmente a las mismas labores que desempeñaba en el PANDEMO (...) en el mismo cargo, con las mismas condiciones y sitio de trabajo”*⁶⁷.

Con los argumentos tomados por la Corte, esta se ubica en una de las alternativas que, desde el feminismo, han sido propuestas para abordar de mejor manera la prostitución. En líneas generales, esas alternativas son tres: la abolicionista, la reglamentarista-regulatoria y la pro-trabajo⁶⁸. A pesar de que la Corte parece compartir la tesis de la perspectiva pro-trabajo, de acuerdo con la cual la prostitución debe ser protegida cuando se ejerce de manera voluntaria, en realidad

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Véase Corte Constitucional, sentencias T-620 de 1995, SU-476 de 1997 y C-507 de 1999, entre otras.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-629 de 2010.

⁶⁸ Una exposición de las principales alternativas existentes para abordar la prostitución puede encontrarse en: Halley, Janet *et. at.*, “From the International to the Local in Feminist Legal Response to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism”, *Harvard Journal of Law and Gender*, V.29, 2008, y Montoya, Valentina, “¿Trabajadora sexual o “víctima perfecta”? Límites en el acceso a la justicia”, *Prisma Jurídico* [online] 2012, 11 (Enero-Junio).

esta tesis es negada, en un caso desatendiendo la voluntad de la tutelante para reconocerle la posibilidad de continuar desempeñando la actividad (sentencia T-629 de 2010), y el otro poniendo en entredicho la posibilidad de que haya consentimiento real para ejercer la prostitución (sentencia C-636 de 2009). La perspectiva que más se parece a la adoptada por la Corte es la llamada reglamentarista-regulatoria, según la cual la prostitución es indeseable pero inevitable, por lo que debe ser regulada para intentar contener sus males⁶⁹. Esta aproximación a la prostitución ha sido criticada por los y las que defienden la perspectiva pro-trabajo, quienes *“enfatan la agencia de la persona que se prostituye como alguien que puede elegir entrar en esta forma de trabajo, y para quienes este no es horriblemente degradante”*⁷⁰. Para esta perspectiva, si bien el enfoque reglamentarista-regulatorio no criminaliza la prostitución, mantiene un juicio de valor negativo hacia esta actividad y la segrega a lugares específicos, marginando así a las personas que la ejercen⁷¹.

Este debate surgido entre distintas feministas sobre la manera de abordar la prostitución es apenas mencionado por la Corte en la sentencia T-629 de 2010, y sus planteamientos le merecen poco interés (es pasado por alto completamente en la sentencia C-636 de 2009). No obstante, más allá de no haber considerado sus tesis y de no haber sido consciente de las disputas políticas existentes al interior del movimiento feminista con relación al tema estudiado, ciertamente tomó partido por una de las alternativas, una que ha sido objeto de críticas por ser, entre otras, estigmatizante y universalizante de la experiencia de las mujeres dedicadas a la prostitución. De esta manera, la Corte pasó por alto las críticas que algunas feministas han realizado a la perspectiva reglamentarista-regulatoria, similares a las

⁶⁹ La sentencia C-636 de 2009 lo expone con claridad: *“La realidad histórica y sociológica demuestra que la prostitución no puede ser erradicada de manera plena y total, y que se trata de un fenómeno social común a todas las civilizaciones y a todos los tiempos. Obedece a factores diversos, de orden social, cultural, económico, síquico, etc., que no es del caso analizar en esta Sentencia. Lo cierto es que el Estado no podría comprometerse a erradicar por completo una práctica que siempre se ha dado y se dará; lo que sí puede es controlar su radio de acción”*. Corte Constitucional, sentencia C-636 de 2009.

⁷⁰ Halley, Janet *et. al.*, *op. cit.*, p. 351.

⁷¹ Montoya, Valentina, *op. cit.*, p. 150.

que desde las críticas a la identidad se pueden formular a la argumentación usada por la Corte Constitucional en el caso concreto.

No es mi intención rebatir los juicios morales que se deslizan de manera subrepticia a lo largo de las decisiones judiciales que comento, para afirmar que, contrario a lo que allí se dice, el ejercicio de la prostitución sí es un paradigma laboral y personal válido, de carácter ejemplificante y en lo absoluto indigno. Tampoco lo es demostrar que una de las perspectivas propuestas desde el feminismo para abordar la prostitución es superior a las demás, y que la Corte eligió la que no lo es. Mi interés es llamar la atención sobre la manera como la Corte llega a tales conclusiones y los efectos que ellas pueden causar en el grupo de las personas que se dedican a esa actividad. Por una parte, la línea jurisprudencial sobre prostitución considera necesario analizar qué tan digno de protección es un grupo de personas, y la respuesta que da a este interrogante estigmatiza a dichas personas, incurriendo en la tentación de hacer una valoración de los rasgos que supuestamente distinguen a un grupo.

Por otra parte, y con relación a lo anterior, el grupo es definido por la Corte en términos universalizantes, sugiriendo que una de las características de quienes conforman el grupo es la de dedicarse a una actividad que necesariamente afecta su dignidad, desconociendo la agencia a las personas dedicadas a ejercer la prostitución. Las y los trabajadores sexuales son concebidos como una categoría homogénea, por lo menos en lo que tiene que ver con que a todos ellos la actividad a la que se dedican les afecta en su dignidad. Es un imposible ontológico para la Corte que existan hombres o mujeres que consideren que el ejercicio de la prostitución no los degrada. Es entonces de la esencia del trabajo sexual el que este sea indigno y degradante para quien lo ejerce. Se trata de una visión universalizante, además, que refuerza la exclusión a las y los trabajadores sexuales, marcándolos como personas que se alejan de “lo normal”. Esta visión negativa de una actividad que no distingue los matices que pueda haber en el comercio sexual termina perjudicando al grupo

que la misma Corte consideró como marginado y discriminado, promoviendo dentro de los jueces una visión negativa de las personas que ejercen la prostitución⁷².

Por último, con el juicio negativo que se hace de la actividad que define el grupo al que se refiere la Corte Constitucional en sus sentencias sobre el tema no solo se afecta a dicho grupo en específico, sino que también se desconocen las distintas posiciones teóricas y políticas surgidas dentro del feminismo alrededor del tema conocido por la Corte, que responden a una disputa política. No obstante, pese a ser pasada por alto, la Corte termina tomando una posición en ella, que puede servir de precedente para articular la política pública en la materia.

2. Afro es quien actúa como afro, no quien luce como afro

Las comunidades negras merecen especial atención, no en razón al color de piel de las personas que conforman la comunidad, sino en razón de la cultura diversa que les es propia. Este ha sido el razonamiento de la Corte Constitucional en diversos casos en los que ha tenido que estudiar medidas afirmativas a favor de comunidades negras, dejando entrever que, para la Corte, un elemento definitorio de este grupo para efectos de reconocerle un tratamiento jurídico diferenciado es que tenga una cultura propia, que se distinga de la del resto de la población nacional⁷³.

El primer caso en el que esta tesis es acogida por la Corte Constitucional es uno en el que se ocupó de estudiar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que

⁷² De hecho, la propia sentencia T-629 de 2010 ejemplifica la deficiente protección jurídica que le depara a las personas dedicadas al trabajo sexual por el hecho de ser una actividad considerada degradante. Así, a pesar de que una de las consecuencias jurídicas de la pertenencia a un grupo marginado y discriminado es la posibilidad de reclamar mediante acción de tutela ciertas garantías laborales y de seguridad social, cuya protección las demás personas deben solicitar mediante acciones ordinarias, la Corte no menciona que los y las trabajadores sexuales tienen esa prerrogativa. En el caso estudiado por la Corte, la legitimación para interponer la acción de tutela es analizada exclusivamente desde el punto de vista de las madres cabeza de familia (la accionante lo era), nunca desde el punto de vista de las personas que ejercen trabajo sexual.

⁷³ Entre otras, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-169 de 2001 y T-376 de 2012, así como el auto 005 de 2009.

reglamentaba las circunscripciones especiales en la Cámara de Representantes, asignando dos curules para las comunidades negras, una para las comunidades indígenas, una para las minorías políticas y una para los colombianos residentes en el exterior⁷⁴. Al estudiar la medida, la Corte inicia su revisión considerando que esta debía inscribirse dentro del deber de promoción de grupos marginados y discriminados al que hace referencia el artículo 13 de la CP, pues, en lo relacionado con las comunidades negras y las indígenas, estas padecen “*elevados niveles de pobreza y marginación económica*”. Esta es la razón invocada en la sentencia para considerarlas marginadas y discriminadas.

Pero la anterior no es la única razón, ya que a esta se suma otra que justifica la constitucionalidad de la medida estudiada, y es la relacionada con que las comunidades negras, al igual que las indígenas, son grupos étnicos, con “*identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante*”, por lo que reconocerles participación promueve la diversidad en la conformación del órgano legislativo. La afirmación según la cual las comunidades negras son un grupo étnico es justificada por la Corte con base en dos argumentos. El primero es de tipo normativo, en el que la Corte acude a legislación interna e internacional que plantea la identidad propia y diferenciada como un rasgo de *ciertas* comunidades negras⁷⁵, lo cual contrasta con los términos usados por el proyecto de ley estudiado por la Corte, el cual hace referencia a las comunidades negras en términos genéricos, sin hacer depender su participación en el Congreso de la carga de demostrar que estas poseen una identidad particular. El segundo argumento es de tipo sociológico, basado en una descripción de un “*actor social emergente*”, constituido por grupos poblacionales que

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

⁷⁵ El artículo 2.5. de la ley 70 de 1993 define a las comunidades negras de la siguiente manera: “*el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos*”. Conviene precisar que esta definición aplica para efectos del reconocimiento de la propiedad colectiva de algunas comunidades negras sobre baldíos que han venido ocupando, por lo que no parece que su intención sea definir de manera general a cualquier comunidad negra para efectos que vayan más allá de la titulación de baldíos.

se autodenominan “negros”, que hacen causa común por la defensa de sus intereses, lo cual es facilitado por la experiencia compartida en cuanto a condiciones de existencia y por la “*creciente identidad colectiva*”⁷⁶, en lo que parecería un típico ejemplo de la puesta en marcha de una política de la identidad.

La otra cara de la defensa del criterio étnico como razón para adoptar medidas a favor de las comunidades negras es la negación del criterio racial como razón válida para asignar dicho trato. Ello se debe a que Colombia es un país “*con un grado tan alto de mestizaje*” que no es posible que existan razas puras, por lo que la línea de frontera entre negros y no negros sería necesariamente arbitraria. Por ello, concluye la Corte de manera categórica “*que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes*”⁷⁷. Por ello, concluye que la participación política regulada por el proyecto de ley estatutaria estudiado debe entenderse a favor de las comunidades negras tal como las define la ley 70 de 1993, esto es, aquellas que poseen una cultura propia y son conscientes de su identidad. De esta forma, la Corte se separó de su jurisprudencia anterior, en la que había sostenido que el criterio determinante para promover un trato especial a favor de la población afro era la situación de marginación en la que esta se encuentra, mas no su identidad cultural diferenciada⁷⁸.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ El interrogante acerca de las razones que justifican la adopción de medidas afirmativas a favor de la población afro fue abordado con detalle en la sentencia T-422 de 1996, en la que la Corte consideró que esta clase de medidas a favor de la población afro no se establece con el fin de promover una supuesta cultura específica de los pueblos afrodescendientes, sino con la intención de superar la situación de opresión por razones socio-culturales en las que se encuentra el grupo. Al respecto, sostuvo: “*La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de un especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural*”. Más adelante la sentencia agrega: “*e las acciones de afirmación positiva, a diferencia de las medidas legislativas que se originan en el mandato del artículo 55 transitorio de la Constitución Política y de otras del mismo género, no se orientan a preservar la singularidad cultural de un grupo humano. En aquéllas el dato socio-económico pone de presente una situación de*

En suma, son dos entonces las razones que identifica la Corte Constitucional para considerar válido conceder dos curules especiales a las comunidades negras: una es la asignación de voz a un grupo marginado y discriminado, y la otra es la promoción de la diversidad en el Congreso mediante la participación de un grupo étnico. No obstante, pese a que estas dos finalidades son mencionadas por la Corte en su argumentación, es la segunda a la que esta le da relevancia, opacando a la primera y dejándola casi como una mención aislada en el cuerpo de la sentencia. Al interpretar que las dos curules son reconocidas solo a favor de aquellas comunidades negras que tengan identidad propia, considera que el fin de la norma es promover la diversidad en la conformación del Congreso y materializar la existencia de las comunidades negras como “*agrupaciones identitarias diferenciadas*”, mas no la asignación de representación política a un grupo históricamente discriminado, que tiene que soportar el racismo y las consecuencias que de él se desprenden, como la pobreza y la falta de representación política⁷⁹.

El énfasis en la cultura como un rasgo de la identidad negra no es un caso aislado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que puede ubicarse también en decisiones posteriores. Un buen ejemplo es el pronunciamiento sobre la situación de las personas afrocolombianas víctimas de desplazamiento forzado y el trato que a ellas es debido por parte del Estado⁸⁰. En esta decisión la identidad cultural se considera como algo que es afectado por el desplazamiento *de toda persona*

debilidad manifiesta o de asimetría en relación con el resto de la sociedad. En este sentido, la ley se propone integrar dicho grupo humano a la sociedad de una manera más plena”. Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1996.

⁷⁹ Esta conclusión se refuerza atendiendo a la manera como han sido avalados los candidatos a ocupar las dos circunscripciones especiales para las personas afro en la Cámara de Representantes. En efecto, el Consejo Nacional Electoral ha considerado que lo determinante para analizar si una persona puede aspirar a ocupar estas curules no es su color de piel sino su identificación cultural negra. Este punto se explicará con detalle más adelante. Véase Wallace, Arturo, “Por qué dos blancos representan a las negritudes en el Congreso de Colombia”, *BBC Mundo*, 12 de marzo de 2014, disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/03/140311_colombia_elecciones_diputados_afros_blanco_negros_aw.shtml.

⁸⁰ Corte Constitucional, auto 005 de 2009.

afrodescendiente y que debe por lo tanto ser reparado a toda persona afrodescendiente. Así, sostiene la Corte que alrededor del 80% de los afrocolombianos en situación de desplazamiento forzado se concentra en centros urbanos, lo que aumenta sus condiciones de pobreza, y además les impide reconstruir su identidad colectiva. Se da por hecho que esa identidad existe en todas las personas afrodescendientes, y que es afectada cuando una persona se desplaza a áreas urbanas, sugiriendo que la mejor forma de conservarla es permaneciendo en los terrenos ocupados por la comunidad. Por esto, para la Corte es necesario que la atención que el Estado debe brindarles tome en cuenta las necesidades propias de su etnia, entre las que se encontrarían, por ejemplo, “una educación apropiada a su etnia”⁸¹.

Consideraciones similares ha hecho la Corte al analizar la validez del otorgamiento de cupos universitarios a miembros de la comunidad negra. En estas situaciones, ha dicho la Corte que por comunidad negra debe entenderse aquellas personas que comparten valores culturales fundamentales y rasgos étnicos genéticos de raza negra. Así lo consideró al analizar el caso de Viyorlaniz Ortiz Borja, a quien pese a tener rasgos negros y pertenecer a una organización que trabaja en defensa de los derechos de la comunidad negra, la Universidad del Tolima no le reconoció el cupo especial argumentando que ella no pertenecía a una comunidad afrocolombiana vinculada a un territorio específico⁸². Para la Corte, cuando una universidad ofrece cupos especiales a miembros de la comunidad negra, bastaría que se trate de una persona con fisonomía negra y con identidad cultural específica para que tuviera derecho a él, sin que sea válido exigirle la ubicación en los territorios de una comunidad en específico.

Esta argumentación de la Corte relacionada con la identidad negra produce varias consecuencias en términos de las posibilidades políticas de esta población, que a la

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-586 de 2007.

larga pueden ser perjudiciales, más allá de que su intención sea la de reconocerle un tratamiento especial a los miembros de este grupo. Particularmente, este razonamiento de la Corte Constitucional es criticable con base en dos de los cuatro cuestionamientos a la política de la identidad estudiados en el capítulo 2. Se trata, por un lado, de la esencialización del grupo a favor del cual se pide tratamiento especial, y por otro lado, de la profundización la separación entre las personas afro y el resto de la comunidad. Veamos.

En primer lugar, al identificar la diferencia cultural como un rasgo específico de las personas afrodescendientes se limitan los beneficios jurídicos establecidos a favor de las comunidades negras, enfatizando que a ellos solo pueden acceder algunos de sus miembros, a saber: quienes hagan parte de una comunidad que tenga una identidad cultural bien definida. Así, grupos poblacionales negros que compartan la cultura del medio que los circunda, como podría ser el caso de aquellos establecidos en áreas urbanas, no tendrían beneficios legales por no ser lo suficientemente distintos, ya que su color de piel no es suficiente para acceder a las medidas especiales establecidas en la ley⁸³. Por ejemplo, no podrían beneficiarse de las curules especiales reconocidas para comunidades afrodescendientes por el hecho de no poseer una cultura propia, pese a tener reclamos apremiantes que no cuentan con un vocero particular que los plantee en el órgano legislativo.

Además, este razonamiento insinúa que las injusticias raciales no son causa del racismo, que ha llevado a que tal grupo de personas sean socialmente discriminados y padezcan problemas de inequidad en la distribución de recursos, deficiente representación política y un reconocimiento menguado de su dignidad (para usar los términos de Fraser) producto de los distintos estigmas sociales con que se les marca. En cambio, dicha injusticia racial obedecería a una inadecuada comprensión y regulación de las diferencias culturales de la población negra. Así, como sugiere

⁸³ Ariza, Libardo José, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 315.

Richard Ford, el énfasis en la diferencia desvía la atención del racismo⁸⁴. Por esta vía, se sugeriría que lo relevante para recibir derechos y privilegios especiales es la identificación con una cultura distinta a la del resto de la población. Así entonces, como lo determinante no es el color de la piel sino la identidad cultural específica, comunidades que no fueran total o parcialmente compuestas por personas negras pero que se identificaran con una cultura distinta a la imperante en la sociedad tendrían derecho a los beneficios jurídicos reconocidos en principio a favor de las comunidades negras⁸⁵.

Las elecciones al Congreso de la República del pasado 9 de marzo dan cuenta de que este no es un riesgo puramente teórico, sino que produce efectos prácticos concretos, que perjudican a las personas afrodescendientes. En estas elecciones resultaron elegidas dos personas que no cuentan con raíces afrodescendientes. Con este argumento, fue demandado el aval que obtuvo una de las personas que resultó elegida a la Cámara para ocupar una de las dos curules para afrodescendientes (María del Socorro Bustamante). Al resolver la impugnación, el Consejo Nacional Electoral invocó, precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a los criterios de identificación de las comunidades afrodescendientes, sosteniendo que: *“la Corte Constitucional respalda el criterio de la no primacía del color de piel como factor determinante del reconocimiento de un sujeto como perteneciente a una comunidad étnica”*⁸⁶. En este caso, el Consejo Nacional Electoral tuvo en consideración que la candidata se había autorreconocido como integrante de la comunidad negra y afrocolombiana⁸⁷. De esta manera ha terminado consolidándose la tesis según la cual las curules a favor de personas afrodescendientes se conceden más en función de procurar diversidad cultural

⁸⁴ Ford, Ricard Thompson, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁵ Ford, Ricard Thompson, *op. cit.*, p. 31; Ariza, Libardo José, *op. cit.*, p. 315.

⁸⁶ Consejo Nacional Electoral, citado en: Wallace, Arturo, *op. cit.*

⁸⁷ Camargo, María del Pilar, “Cámara afro se volvió 'escampadero' de políticos sin partido: expertos”, *El Tiempo*, 11 de marzo de 2014, disponible en: <http://www.eltiempo.com/elecciones-2014/congreso/cmara-afro-se-olvi-escampadero-de-polticos-sin-partido-expertos/13635316>.

dentro del órgano legislativo, que con el fin de permitir que un grupo que padece “*elevados niveles de pobreza y marginación económica*” puedan tener voz propia al interior del Congreso.

Una segunda consecuencia de esta clase de aproximación a las políticas a favor de la población negra es que esta puede remarcar la separación existente entre este grupo y el resto de la población, promoviendo la aceptación de una identidad cultural diferenciada a la del resto de personas como condición para poder acceder a los beneficios jurídicos establecidos en la ley. La persona negra que quiera acceder a tales beneficios debe no solo verse negra sino también actuar como negra, con el agravante de que actuar como negra puede terminar significando actuar con base en los estereotipos grupales que les han sido asignados⁸⁸.

Por lo anterior, lo que resulta censurable no es que la Corte Constitucional considere que existen comunidades negras que poseen una identidad cultural propia, ni que la conservación de tal identidad sea una finalidad que valide la adopción de medidas diferenciadas para ciertas comunidades. Lo censurable es tomar el todo por las partes, afirmando que porque algunas comunidades negras tienen una identidad propia entonces todas ellas deben tenerlo. Con esta estrategia de reivindicación de derechos, el grupo que pretende ser favorecido puede, a la larga, terminar perjudicado. La diferencia de las comunidades negras puede pasar de ser un presupuesto del tratamiento jurídico especial a ser el resultado de dicho tratamiento, reforzando la exclusión de la población negra.

3. El indígena como aquel que permanece en el territorio de su comunidad

⁸⁸ Ford, Ricard Thompson, *op. cit.*, p. 31.

Son numerosas las decisiones en las que la Corte Constitucional ha considerado a los pueblos indígenas como grupos marginados y discriminados, y en las que se ha pronunciado sobre la identidad indígena, a efectos de determinar quiénes son los auténticos merecedores del tratamiento especial definido por la Constitución a favor de este grupo⁸⁹.

En términos generales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la identidad indígena es similar a la relacionada con la surgida en torno a la de la identidad negra. Así, la Corte Constitucional ha exigido que se cumplan los dos mismos elementos en ambos casos para determinar que se está en presencia de una comunidad indígena: por un lado, un elemento objetivo, relacionado con *“la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales”*, y por otro lado, un elemento subjetivo, que tiene que ver con *“la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”*⁹⁰. Como se mostró antes, esta asimilación de las identidades de ambos grupos se explica por cuanto los dos criterios aparecen mencionados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y la Corte entiende que las comunidades negras en general están protegidas por este instrumento.

Pero esta semejanza entre la identidad indígena y la negra no es completa, pues ha existido y sigue existiendo durante varios años en la jurisprudencia un factor que las distingue. Se trata del énfasis acentuado que durante años ha puesto la Corte Constitucional en varias de sus decisiones en la relación entre la identidad del pueblo indígena y la permanencia en el territorio ocupado por la comunidad, a tal punto de sugerir una consonancia entre ambos: la identidad se conserva por la

⁸⁹ En su texto *Derecho, saber e identidad indígena*, Libardo Ariza dedica un acápite a revisar la manera como se ha entendido la identidad indígena en sede constitucional. Ese texto fue una guía útil para identificar casos en los que la Corte ha analizado la identidad indígena, a efectos de poder utilizarlo para el presente estudio. Cfr. Ariza, Libardo José, *op. cit.*

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-116 de 2011.

permanencia en el territorio y se afecta cuando la comunidad o sus miembros se alejaban de él. Esta relación, en cambio, no fue tan clara en el caso de las comunidades negras. En ocasiones la Corte sugirió que la identidad negra también está estrechamente ligada al territorio, de tal manera que cada vez que una persona afrodescendiente se desplaza de él su cultura se pone en riesgo⁹¹. Pero en otras ocasiones indicó que la autoidentificación con los valores de la comunidad es lo que define la identidad, por lo que la persona afro que se encuentre por fuera del territorio de su comunidad debe seguir siendo plenamente protegida⁹². Así, el análisis de la identidad indígena construida por la Corte Constitucional permite dar cuenta de un rasgo identitario que no tiene la misma relevancia en la construcción de la identidad negra, como lo es la vinculación al territorio. Este elemento de la construcción de la identidad indígena, el cual es nuevo si lo comparamos con la jurisprudencia en materia de identidad negra, tiene consecuencias políticas particulares, que se resaltan al final de la sección.

Dos ejemplos sirven para ilustrar esta vinculación entre identidad indígena y permanencia en el territorio. El primero de ellos es la sentencia en la que la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la exención al servicio militar obligatorio para los miembros de comunidades indígenas que cumplieran con dos requisitos: residir en el territorio y conservar su integridad cultural, social y económica⁹³. El problema que planteaba este caso residía en determinar la validez del primer requisito, tomando en cuenta que excluía de ser eximido del servicio militar a aquellos indígenas que ya no residieran en el territorio de su comunidad.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional empieza encuadrándolo como uno en el que se analiza una medida afirmativa a favor de grupos que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a *“los peligros que existen para la*

⁹¹ Así se sugiere en el auto 005 de 2009 de la Corte Constitucional.

⁹² Así sucede con el caso de los cupos universitarios del que trata la sentencia T-586 de 2007.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994.

preservación de su existencia e identidad étnica y cultural". Como lo que ubica a la población indígena en situaciones de debilidad es el riesgo de perder su identidad, preservarla es lo que debe buscarse a través del tratamiento especial que les otorgue el Estado. En ese sentido, la pregunta relevante para el caso es si la exoneración del deber de prestar el servicio militar afecta por igual la identidad de la comunidad cuando se aplica a indígenas que habitan en el territorio que cuando se aplica a los que no lo hacen, pues si este es el caso a ambos debería reconocérseles la exención. La Corte no duda en contestar negativamente este interrogante, afirmando que *"la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria"*, y, como es obvio, solo podría sentirse dicha ausencia física respecto de quien reside en el territorio. Además, agrega que la preservación de la identidad se predica más de la comunidad que de sus miembros, por lo que es válido que existan normas que promuevan la preservación de la identidad de la comunidad. Al respecto, argumenta:

El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger **a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas** (negrillas dentro del texto original)⁹⁴.

Según la Corte, no solo no se afecta la identidad cultural protegida por la Constitución colombiana al vincular la exención del servicio a la residencia en el territorio, sino que tampoco se afecta la igualdad, ya que, en últimas, existe una diferencia profunda entre los indígenas que viven en su territorio y los que no: unos sí conservan la identidad indígena y los otros no. Dice al respecto la Corte: *"mientras que unos indígenas viven en su espacio y conforme a sus tradiciones y costumbres, los*

⁹⁴ *Ibíd.*

*otros se han asimilado a la cultura dominante en Colombia*⁹⁵. Para la Corte no vivir en el espacio de la comunidad es sinónimo de pérdida de la cultura indígena y asimilación a la cultura dominante, y permanencia en el territorio es sinónimo de conservación de la identidad. De este razonamiento la Corte exceptúa a las comunidades nómadas, por cuanto estas no tienen territorio específico, y a las que han sido víctimas de desplazamiento, las cuales por fuera de sus territorios luchan por preservar su identidad amenazada o recuperar su identidad perdida forzosamente.

El otro caso que sirve para ilustrar la vinculación que establece la Corte Constitucional entre conservación de la identidad indígena y la permanencia en el territorio se relaciona con el régimen de propiedad de las tierras aplicado a las comunidades indígenas. Esta propiedad ha sido considerada un derecho fundamental cuyo titular no son los miembros de la comunidad individualmente considerada, sino la comunidad en general. Ello se explica si se atiende al hecho de que para los pueblos indígenas (en general, ya que la Corte no usa matices) el territorio es un *“aspecto esencial de su cosmovisión y religiosidad”*⁹⁶. En otras ocasiones la Corte ha dejado más claro que existe un vínculo estrecho entre el territorio y la conservación de la identidad, lo que justifica que se les reconozca la propiedad sobre los territorios que ocupan. Así, ha afirmado que la propiedad colectiva para los indígenas *“resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos”*⁹⁷. Al hacer depender la conservación de la identidad de la propiedad sobre los territorios se refuerza la idea de que la identidad indígena está fuertemente atada a la residencia en los territorios, de tal manera que quienes residieran por fuera de ellos serían menos auténticos y tendrían inconvenientes para acceder a los beneficios legales que les son reconocidos en general a los pueblos indígenas y a sus miembros.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-525 de 1998.

La Corte Constitucional ha pretendido revisar la jurisprudencia sentada en la sentencia C-058 de 1994, con el propósito de aclarar que en realidad no existe una relación necesaria entre conservación de la cultura y residencia en el territorio⁹⁸. Así, ha sostenido que la calidad de indígena debe darse a partir de la *“identidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad”*⁹⁹. No obstante, pueden identificarse algunas sentencias, relacionadas especialmente con el tema de la jurisdicción especial indígena, en las que sigue existiendo una correlación entre la identidad indígena y la residencia en el territorio. Así, en algunos casos, al evaluar el factor personal –que junto con el territorial, el objetivo y el institucional deben estar presentes para que la justicia indígena tenga competencia–, la Corte ha valorado la permanencia en la comunidad y la integración con ella como un factor determinante de la identidad indígena, que permite que actúe la jurisdicción indígena. Así, la permanencia en la comunidad resulta un factor determinante para reconocer el estatus de indígena a una persona, lo cual a su vez define la autoridad competente para conocer de procesos en lo que sea parte. Al respecto, ha sostenido:

En relación con el elemento subjetivo, destaca la Corte que el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres¹⁰⁰.

⁹⁸ Por ejemplo, en la sentencia T-113 de 2009, sostuvo lo siguiente: *“no hay una relación absoluta e indispensable entre el factor territorial y la conservación de la cultura. El hecho de no residir en el territorio de la comunidad indígena no implica necesariamente, como lo indicó la Sala Plena de la Corte, la pérdida de los elementos distintivos del grupo étnico”*.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1238 de 2004, citada en: Ariza, Libardo, *op. cit.*, p. 327. En todo caso, es importante anotar que ha habido casos en los cuales la Corte ha avalado la actuación de la

Otro caso que apunta en el mismo sentido es la decisión reciente de la Corte Constitucional en materia de régimen penitenciario para las personas indígenas. Se trata del caso decidido en la sentencia T-921 de 2013, el cual tuvo su origen en una acción de tutela instaurada por un miembro de la comunidad Embera Chamí, que fue acusado y condenado por la justicia penal ordinaria por el delito de acto sexual con menor de 14 años, a pesar de que las relaciones que tuvo fueron consentidas y con una menor también perteneciente a la comunidad Embera Chamí. La Corte consideró que, en efecto, se había desconocido el derecho a la diversidad cultural por cuanto la competente en el caso era la autoridad indígena. Pero además de esto, en esta sentencia se profiere una orden sin precedentes en los casos sobre jurisdicción indígena, que de nuevo plantea la relación entre identidad indígena y territorio. En efecto, en la mencionada sentencia se sostiene que *“la simple privación de la libertad de un indígena en un establecimiento ordinario puede llegar a transformar completamente su identidad cultural étnica y cultural”*¹⁰¹. Esta afirmación es planteada en términos genéricos, por lo que parece aplicable a los 936 indígenas que, al día de emitida la sentencia (5 de diciembre de 2013), se encontraban privados de su libertad ¹⁰². Por consiguiente, *“para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad”*, la Corte ordena, entre otras cuestiones, que en los casos de personas indígenas a las que se les restrinja el derecho a la libertad se consulte con las autoridades indígenas si el procesado o condenado puede cumplir, según sea el caso, la medida de aseguramiento o la pena en el territorio de la comunidad, dependiendo de si existen *“instalaciones idóneas para asegurar que la*

jurisdicción indígena para personas que ya no viven en el territorio y han estado alejadas por años de él, pero que se autorreconocen como indígenas. Así sucedió, por ejemplo, en la sentencia T-001 de 2012, relacionada con una mujer indígena que había vivido alejada de los territorios de su comunidad por cerca de 5 años y que no reconocía la autoridad de las autoridades tradicionales de la comunidad en la que nació para decidir sobre la custodia de su hija.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

¹⁰² *Ibíd.*

*privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad*¹⁰³.

Así, en esta sentencia se asume que la permanencia de un indígena en un centro de reclusión común (y la inevitable separación de su comunidad que ello implica) automáticamente supone un proceso de pérdida de su identidad cultural, así como también se supone que en todos los casos la manera de evitarlo es devolviendo al indígena al territorio de su comunidad. De nuevo se identifica la separación del indígena de su territorio con la pérdida de su identidad, y se propone como remedio devolverlo a este espacio. Esta sentencia, así como la mencionada antes sobre el elemento subjetivo como criterio de aplicación de la jurisdicción indígena, muestran que si bien la Corte Constitucional ha pretendido alejarse de sus propias decisiones en las que vinculó la identidad indígena a la permanencia en un territorio, esta tesis no ha sido erradicada del todo, y aún sigue latente en algunas de sus decisiones.

La vinculación entre la identidad indígena y la residencia en el territorio produce varias consecuencias negativas para la población indígena, identificadas por los críticos a las políticas de la identidad. Se trata de consecuencias negativas en parte similares a la que produce la consideración de las comunidades afrodescendientes como comunidades étnicas con cultura propia, expuestas en el punto anterior, pero también distintas a las mencionadas respecto de las comunidades afrodescendientes, tomando en cuenta la vinculación entre identidad y territorio que solo ha operado con relación a los pueblos indígenas. Primero, esencializa a los miembros de los pueblos indígenas, atribuyéndoles como parte de su identidad la permanencia en el territorio de sus comunidades. De esta forma se asume que la relación de las comunidades indígenas con sus territorios es homogénea e invariable, desconociendo que *“las comunidades indígenas no son siempre colectividades que viven en un territorio ancestral, con una historia, una lengua y una cultura comunes y*

¹⁰³ *Ibíd.*

que quieran mantenerse como una cultura claramente distinta y separada de la mayoría”¹⁰⁴. Al definir a las comunidades indígena de esta manera, se limitan los beneficiarios de las medidas que son establecidas a favor de sus miembros, permitiendo acceder a ellos solo a los que residen en el territorio. En especial, pierde visibilidad el indígena urbano, quien podría eventualmente conservar su identidad indígena, pero desde una zona distinta a aquella donde la comunidad indígena está asentada¹⁰⁵. Esta limitación es arbitraria, pues parte de la idea de que la salida del territorio automáticamente implica la pérdida, así sea gradual, de la identidad, por lo que ya no habría razones para brindarles protección. Este razonamiento contrasta con la insistencia de la Corte Constitucional de proteger la identidad de las comunidades indígenas desplazadas, respecto de las cuales reconoce que luchan por preservar su identidad, dando a entender de esta forma que sí es posible estar por fuera del territorio de la comunidad y conservar la identidad indígena¹⁰⁶.

La segunda consecuencia importante que se desprende de la vinculación entre conservación de la identidad y permanencia en el territorio es que puede promover la profundización de la separación de los miembros de las comunidades indígenas respecto del resto del resto de la población. Quien por diferentes circunstancias quisiera dejar el territorio de la comunidad, sin que ello implicara un abandono de su identidad indígena, sería tratado como alguien que mutó de identidad y que ya no puede ser considerado un indígena “auténtico” y protegido como tal. La persona indígena que quisiera acceder a tal protección se vería incentivada a dejar de cumplir su voluntad de dejar el territorio.

¹⁰⁴ Bonilla Maldonado, Daniel, “Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal”, *Revista Direito GV. São Paulo*, 7 (2), julio-diciembre de 2011, p. 573. La crítica de Bonilla se dirige en general contra el modelo antropológico indigenista, el cual define la identidad indígena a partir de varios rasgos: territorio ancestral, territorio rural, naturaleza salvaje, prácticas culturales atávicas inevitablemente relacionadas con el territorio, economía de subsistencia y pretensión de mantenerse como una comunidad cultural distinta.

¹⁰⁵ Al respecto, anota Bonilla: “el precio que se paga por la unidad y la homogeneidad del indígena es muy alto: el desvanecimiento del indígena urbano; la desaparición de buena parte de lo que constituye lo indígena en el mundo contemporáneo”. *Ibid.*, p. 586.

¹⁰⁶ Cfr. Corte Constitucional, auto 004 de 2009.

Los anteriores cuestionamientos no deberían entenderse como una defensa de la idea de que la identidad indígena se preserva de igual forma en el caso de la residencia de una persona en los territorios de su comunidad que en el otro caso de abandono de estos territorios. Lo que se pretende sugerir es que es altamente cuestionable la equivalencia que se hace en algunas decisiones de la Corte Constitucional entre la preservación de la identidad y la permanencia de una persona indígena en su territorio. La Corte, al negarle a las personas indígenas que residen fuera de su comunidad el acceso a ciertas medidas que pretenden preservar la identidad indígena, puede terminar poniendo en riesgo, o aumentando el riesgo, de asimilación de dichos indígenas a la cultura imperante en la sociedad.

IV. Conclusiones

Reclamar un tratamiento especial a favor de un grupo oprimido argumentando que este es diferente del resto de la población y merece, en consecuencia, un tratamiento también diferente, es una estrategia política que, desde hace décadas, ha sido asumida por distintos movimientos sociales. En ocasiones, las normas jurídicas, así como los tribunales, han hecho suya esta forma de argumentación para reconocerles a ciertos grupos derechos especiales. Este razonamiento puede producir efectos favorables en el grupo a favor del cual se aplica. Por ejemplo, en el contexto colombiano la teoría de los grupos vulnerables ha sido importante para el reconocimiento de derechos sociales en sede judicial.

Pero así como puede producir efectos positivos, también, si es aplicada con descuido, puede llevar a resultados contrarios. De hecho, este trabajo mostró cómo mediante esta vía de argumentación, a través de distintas decisiones judiciales pueden producirse efectos políticos adversos a tres grupos a favor de los cuales quería reconocerse un tratamiento especial. Así, la jurisprudencia en torno a las personas que ejercen la prostitución como grupo marginado y discriminado muestra que los jueces, para reconocerle a un grupo un tratamiento especial, pueden caer en dos de los cuatro riesgos identificados por los críticos de la política de la identidad que fueron expuestos en el capítulo 2. Primero, este caso muestra cómo los jueces pueden hacer una valoración de los rasgos que identifican al grupo (en este caso, la actividad a la que se ocupan sus miembros), con el fin de determinar si se trata de una actividad *digna* de protección o no. En el caso de la prostitución, es claro que la calificación de la Corte Constitucional es negativa, mostrando a esta actividad como necesariamente degradante y como indignas a quienes la ejercen. Segundo, este caso muestra que los jueces, al momento de decidir si asignar un trato especial a determinado grupo, pueden definirlo en términos universalizantes, desconociendo la agencia a las personas que conforman al grupo. En el caso de las personas que

ejercen la prostitución, se desconoce su posibilidad de elegir esta actividad como alternativa de generación de ingresos que no necesariamente desconozca su dignidad. Por último, con el juicio negativo que se hace de la actividad que define el grupo al que se refiere la Corte Constitucional en su sentencia no solo se afecta a dicho grupo en específico, sino que también se desconoce la disputa política surgida con relación a la manera de abordar la prostitución, lo cual no impide a la Corte terminar tomando una posición en dicha disputa, que puede servir de precedente para articular la política pública en materia.

El segundo grupo estudiado fue el de las personas afrodescendientes, quienes, para la Corte Constitucional, merecen tratamiento especial debido a su diversidad cultural. Según se mostró, este razonamiento del tribunal es criticable con base en dos de los cuatro cuestionamientos a la política de la identidad estudiados en el capítulo 2. Se trata, por un lado, de la esencialización del grupo a favor del cual se pide tratamiento especial, limitando los beneficios jurídicos establecidos a favor de *todas* las comunidades negras, enfatizando que a ellos solo pueden acceder algunos de sus miembros: quienes hagan parte de una comunidad que tenga una identidad cultural bien definida. Este razonamiento, además, insinúa que las injusticias raciales no son causa del racismo, sino que obedecería a una inadecuada comprensión y regulación de las diferencias culturales de la población negra. Una segunda consecuencia de esta clase de aproximación a las políticas a favor de la población negra es que esta puede remarcar la separación existente entre este grupo y el resto de la población, promoviendo la aceptación de una identidad cultural diferenciada a la del resto de personas como condición para poder acceder a los beneficios jurídicos establecidos en la ley. La persona negra que quiera acceder a tales beneficios debe no solo verse negra sino también actuar como negra, con el agravante de que actuar como negra puede terminar significando actuar con base en los estereotipos grupales que les han sido asignados.

Por último, se mostró que la Corte Constitucional, *en ocasiones*, ha entendido que los indígenas se encuentran en situación de marginación y discriminación debido a su diferencia cultural (y en esto se parecerían a los afrodescendientes), la cual está asociada a su territorio (y en esto se diferenciarían de los afrodescendientes). Se trata de situaciones en las cuales la Corte ha considerado que uno de los rasgos de la comunidad indígena es la pertenencia y permanencia a un territorio ancestral. Esta línea de argumentación también es censurable desde dos de las críticas a la identidad expuestas en el capítulo 2. Primero, esencializa a los miembros de los pueblos indígenas, atribuyéndoles como parte de su identidad la permanencia en el territorio de sus comunidades, limitando así los beneficiarios de las medidas que son establecidas a favor de sus miembros, permitiendo acceder a ellos solo a los que residen en el territorio. Segundo, puede promover la profundización de la separación de los miembros de las comunidades indígenas respecto del resto de la población. Quien por diferentes circunstancias quisiera dejar el territorio de la comunidad, sin que ello implicara un abandono de su identidad indígena, sería tratado como alguien que mutó de identidad y que ya no puede ser considerado un indígena “auténtico” y protegido como tal. La persona indígena que quisiera acceder a tal protección se vería incentivada a dejar de cumplir su voluntad de dejar el territorio.

De lo expuesto hasta ahora podría surgir el interrogante acerca de cómo evitar los riesgos en los que podría incurrir un tribunal al momento de reconocer un tratamiento especial a grupos oprimidos. Del estudio realizado en el presente trabajo pueden rescatarse algunas ideas que puedan contribuir a responder este interrogante:

- Una vía importante para enfrentar los riesgos que conlleva la política de la identidad es ser consciente de que la asignación de un trato especial a un grupo oprimido sobre la base de argumentos identitarios es una alternativa que no se encuentra exenta de problemas. De hecho, la Corte Constitucional

ha sido consciente de estos riesgos en algunas oportunidades, lo cual la ha llevado a revisar la argumentación que utiliza para establecer que determinado grupo tiene derecho a un tratamiento especial. Así ha sucedido, por ejemplo, en los casos relacionados con pueblos indígenas en los que se ha pretendido separar de la idea según la cual la identidad indígena va de la mano de la pertenencia al territorio donde habita su comunidad. En casos como estos, ha afirmado que “[c]oncluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación”¹⁰⁷. Así, se observa que la Corte es consciente que la asignación de determinada identidad a un grupo particular puede, eventualmente, reforzar la separación entre el grupo oprimido que se pretende proteger y el resto de la población.

- En ocasiones el uso de criterios identitarios en el litigio de casos puede estar motivado por la intención de que a favor de determinado grupo se reconozcan derechos que alguna norma ha asignado a otro grupo, pretendiendo así equiparar la identidad del grupo al que no se le han reconocido normativamente estos derechos con la de aquel al que sí se le han reconocido. No obstante, una finalidad similar puede lograrse a través de caminos distintos, aprovechando la elasticidad de los materiales jurídicos, y sin caer en los riesgos a los que puede dar lugar el uso de criterios identitarios. Un ejemplo servirá para ilustrar este punto. Es razonable pensar que considerar a las comunidades afro como culturalmente diversas tuvo la intención de cobijarlas por la definición establecida por el Convenio 169 de la OIT, para que fueran beneficiarias de las prerrogativas que allí se establecen. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ofrece un ejemplo. Se trata de un caso de comunidades de pescadores quienes reclamaban participación en la implementación de un macroproyecto que los afectaba. En esta ocasión, la

¹⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias sentencia T-778 de 2005 y T-113 de 2009.

Corte consideró que aunque “no [era] aplicable la consulta previa, en razón a que no se est[aba] ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación”, en todo caso este hecho “no implica una autorización para que las obras de un macroproyecto se realicen ignorando al resto de la comunidad posiblemente afectada”¹⁰⁸, pues así lo disponen distintas disposiciones constitucionales, como el derecho a la participación, el debido proceso administrativo, el derecho a la alimentación y el derecho a la libre escogencia de oficio. Este mismo camino podría seguirse para aquellas comunidades afro que no sean culturalmente diversas y a las que se les quiera reconocer derechos como los establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

- Reclamar la adopción de medidas especiales a favor de grupos oprimidos es una estrategia que no necesariamente tiene que ir acompañada de la atribución de una identidad específica a esos grupos. No es necesario atribuir rasgos particulares a un grupo oprimido, sino que basta dar cuenta de las situaciones que provocan su opresión para reclamar a su favor un tratamiento especial. Así, el énfasis se desplazaría del sujeto al que se le deben reconocer derechos, hacia la injusticia de que la que este ha sido víctima. Un ejercicio similar a este es el que llevó a cabo la Corte Constitucional en la sentencia T-314 de 2011, relacionada con las personas transgeneristas como grupo históricamente discriminado. En este caso para la Corte no fue necesario definir los rasgos esenciales del grupo, sino que bastó analizar la situación que enfrentaban, constatando la violencia y la estigmatización de la que son víctimas, ordenando medidas especiales a favor de este grupo en respuesta a estos factores. Esta forma de argumentación se aparta de la tentación identitaria, justificando en todo caso la existencia de razones que demandan del Estado un compromiso mayor con un grupo poblacional particular.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-348 de 2012.

Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.
- Appiah, Kwame Anthony, “The politics of identity”, *Daedalus*, 135(4), 2006, pp. 15-22.
- Ariza, Libardo José, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.
- Bonilla Maldonado, Daniel, *La constitución multicultural*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006.
- Bonilla Maldonado, Daniel, “Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal”, *Revista Direito GV. São Paulo*, 7 (2), julio-diciembre de 2011, p. 573.
- Brown, Wendy, “Suffering the Paradoxes of Rights”, en Brown, Wendy y Halley, Janet, (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press, 2002.
- Brown, Wendy y Halley, Janet, “Introduction”, en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press, 2002.
- Butler, Judith, “Contingent Foundations”, en Benhabid, Seyla y otras, *Feminist Contentions. A Philosophical Exchange*, Nueva York: Routledge, 1995.
- Butler, Judith, *El género en disputa*, Barcelona: Paidós, 2007.
- Camargo, María del Pilar, “Cámara afro se volvió 'escampadero' de políticos sin partido: expertos”, *El Tiempo*, 11 de marzo de 2014, disponible en: <http://www.eltiempo.com/elecciones-2014/congreso/cmara-afro-se-volvi-escampadero-de-polticos-sin-partido-expertos/13635316>.
- Ford, Richard Thompson, *Racial culture: a critique*, Princeton: Princeton University Press, 2005.
- Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, vol. I La voluntad de saber*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007.

- Fleras, Augie, *The Politics of Multiculturalism*, New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- Fraser, Nancy, “Reenmarcar la justicia en un mundo en globalización”, *Escalas de la justicia*, Barcelona, Herder Editorial, 2008.
- Halley, Janet *et. at.*, “From the International to the Local in Feminist Legal Response to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism”, *Harvard Journal of Law and Gender*, V.29, 2008.
- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2013.
- Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- Kennedy, Duncan, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press, 2002.
- Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, New York: Oxford University Press, 1995.
- López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Editorial Legis, 2006, 2da edición.
- Marx, Karl, “Sobre la cuestión judía”, en Bauer, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión judía*, México: Anthropos Editorial, 2009.
- Montoya, Valentina, “¿Trabajadora sexual o "víctima perfecta"? Límites en el acceso a la justicia”, *Prisma Jurídico* [online] 2012, 11 (Enero-Junio).
- Parker, Richard D., “Five Thesis of Identity Politics”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 29 no. 1, septiembre de 2005.
- Sepúlveda Magdalena, “The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice”, en Langford Malcolm (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging*

Trends in International and Comparative Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, *New Contexts of Canadian Criticism*, 1997, pp. 25 a 73.
- Wallace, Arturo, “Por qué dos blancos representan a las negritudes en el Congreso de Colombia”, *BBC Mundo*, 12 de marzo de 2014, disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/03/140311_colombia_elecciones_diputados_afros_blanco_negros_aw.shtml.
- Young, Iris Marion, *Justice and The Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, 2011.