

---

BIODERECHO, DIVERSIDADES, JUSTICIA SOCIAL  
Y DERECHOS DIFERENCIADOS

BIOLAW, DIVERSITY, SOCIAL JUSTICE AND  
DIFFERENTIATED RIGHTS

BIODROIT, DIVERSITÉ, JUSTICE SOCIALE ET  
DROITS DIFFÉRENCIÉS

BIOLAW, DIVERSIDADE, JUSTIÇA SOCIAL E  
DIREITOS DIFERENCIADOS

---

Recibido: 3 de abril de 2021  
Aceptado: 21 de abril de 2021

**Arístides Obando Cabezas<sup>1</sup>**

---

1 Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía Práctica, México. Licenciado y Magister en Filosofía, Universidad del Valle, Colombia. Abogado, Universidad Santiago de Cali, Colombia. Doctor en Filosofía Contemporánea, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Doctor en Derecho, Centro de Investigación y Docencia del Estado de Morelos (CIDEM), México. Doctor en Derecho y Globalización, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad del Cauca, Colombia. Autor, coautor y editor de numerosos libros de filosofía política y derecho, publicados por editoriales académicas internacionales de reconocido prestigio. Correo electrónico: aristides.o@gmail.com. ORCID: 0000-0003-2339-4447.

## Resumen

Este artículo propone el reconocimiento de derechos diferenciados en el marco de la diversidad étnica y cultural. Esto debe permitir dilucidar la idea de justicia proporcional, según los lineamientos de la hermenéutica analógica. La imparcialidad y la equidad, como elementos definitorios de la justicia, deben ubicarse en el marco de la proporcionalidad, que requiere una justicia política, adecuada a las exigencias teóricas y prácticas del pluralismo. Esto, en clave de filosofía política y jurídica, como hermenéutica analógica de la justicia, propicia la posibilidad de desarrollar una teoría de la justicia material, como medida de valoración del derecho y la política.

**Palabras clave:** Bioderecho, diversidad, justicia social, derechos diferenciados, Estado social del derecho

## Abstract

This article proposes the recognition of differentiated rights within the framework of ethnic and cultural diversity. This must allow elucidating the idea of proportional justice, according to the guidelines of analogical hermeneutics. Impartiality and equity, as defining elements of justice, must be placed within the framework of proportionality, which requires a political justice, adequated to theoretical and practical demands of pluralism. This, in a political and legal philosophy key, as analogical hermeneutics of justice, fosters the possibility of developing a theory of material justice, as a measure of assessment for law and policy.

**Keywords:** Biolaw, Diversity, Social Justice, Differentiated Rights, Social Rule of Law

## Résumé

Cet article propose la reconnaissance de droits différenciés dans le cadre de la diversité ethnique et culturelle. Cela devrait permettre d'élucider l'idée de justice proportionnelle, dans la lignée de l'herméneutique analogique. L'impartialité et l'équité, en tant qu'éléments de définition de la justice, doivent être placées dans le cadre de la proportionnalité, qui exige une justice politique, adéquate aux exigences théoriques et pratiques du pluralisme. Ceci, dans la clé de la philosophie politique et juridique, comme une herméneutique analogique de la justice, favorise la possibilité de développer une théorie de la justice matérielle, comme mesure d'évaluation du droit et de la politique.

**Mots clés:** Biodroit, diversité, justice sociale, droits différenciés, état de droit social.

## Resumo

Este artigo propõe o reconhecimento de direitos diferenciados dentro do marco da diversidade étnica e cultural. Isto deveria permitir elucidar a ideia de justiça proporcional, na linha da hermenêutica analógica. Imparcialidade e equidade, como elementos definidores de justiça, devem ser colocadas no marco da proporcionalidade, que exige

uma justiça política, adequada às exigências teóricas e práticas do pluralismo. Isto, na chave da filosofia política e jurídica, como hermenêutica análoga da justiça, favorece a possibilidade de desenvolver uma teoria de justiça material, como medida de avaliação do direito e da política.

**Palavras-chave:** Biolaw, diversidade, justiça social, direitos diferenciados, Estado social de direito.

---

## INTRODUCCIÓN

La emergencia y praxis de derechos diferenciados desborda los alcances de la igualdad formal de la ciudadanía liberal que subyace al ordenamiento político, respecto al mandato constitucional de lograr la justicia material, en clave del reconocimiento de las diversidades y las desigualdades sociales relacionadas con ellas, pues, configura una ciudadanía materialmente diferenciada, que resulta acorde con la filosofía política que, según la Corte Constitucional Colombiana, inspira al Estado social de derecho, y se expresa en el mandato de “asegurar, como su cometido básico, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad”<sup>2</sup>.

La definición de Colombia como un Estado Social de Derecho que incorpora el artículo 1 de la Constitución, en el entender de la Corte ha producido en el derecho una transformación cuantitativa debido al aumento de la creación jurídica, y un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, que dicha Corporación considera como, “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular, a cambio de una mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”<sup>3</sup>.

Al tenor de tales consideraciones, me propongo analizar la emergencia y praxis de derechos diferenciados como expresión de la justicia material en el marco de la diversidad étnica y cultural que reconoce y protege el ordenamiento político – jurídico colombiano.

---

2 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-636/00. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, p. 14

3 Corte Constitucional Colombiana Sentencia No. T-406/92.

## 1. DIVERSIDAD Y DIFERENCIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La histórica heterogeneidad cultural de la sociedad colombiana ha propiciado la reestructuración de los componentes básicos de la organización social, para responder adecuadamente a las exigencias emanadas del encuentro entre individuos y colectivos diversos, amparados en el conjunto de derechos que reconoce la condición de igual ciudadanía.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la sociedad colombiana se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Carta constitucional, que a su tenor dice: “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. De la observancia de este principio constitucional, emerge la praxis de una ciudadanía materialmente diferenciada, que expresa la validez y reconocimiento de derechos diferentes para personas con características y necesidades diferentes; lo cual pone en cuestión entre otros paradigmas, la validez de un derecho único para todos, el alcance y aplicación del derecho estatal, la universalidad de los derechos humanos, entre otros.

Según ha manifestado la Corte, el principio de la diversidad étnica y cultural es fruto de la visión propia de un Estado que a partir de una base de organización y funcionamiento democrático tiene como elemento definitorio el carácter social que debe guiar la definición de sus actuaciones, especialmente a través de la determinación de su política pública. “En la estructura constitucional colombiana el multiculturalismo viene a ser objeto de especial reconocimiento y protección, fundado en las premisas de que en Colombia existen diversas culturas e identidades étnicas, que todas son merecedoras de un mismo trato y respeto, que todas son constitutivas de la identidad general del país y que todas son titulares —en igualdad de condiciones— del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo”<sup>4</sup>.

Para la Corte es claro que el tratamiento especial que el ordenamiento otorga a las comunidades tradicionales, como grupos sociales claramente diferenciables, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, obedece al imperativo de construir una democracia más inclusiva y participativa como lo propugna la propia Constitución, dirigida a asegurar la coexistencia y a permitir la reivindicación de aquellas comunidades que son cultural y socialmente diferentes, correspondiéndole al Estado la importante función de adelantar las gestiones que sean necesarias para garantizar la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.

En este sentido, la diversidad étnica y cultural se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento y profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio del Estado colombiano. Por eso, dice la Corte, “resultan de vital importancia para su concreción elementos como la

4 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-510 de 1998

educación, las garantías para el uso de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican de la sociedad mayoritaria”. En esa medida, considera la Corte, que son estos elementos los que deben protegerse en cuanto, actuación de un principio fundamental del Estado que aspira construirse a partir de los parámetros trazados por la Constitución.

Sobre el reconocimiento y protección que la propia Carta le otorga a la diversidad étnica y cultural, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que se trata de un derecho constitucional fundamental radicado en cabeza, tanto de los grupos humanos que ostentan una cultura específica y diferenciable, que es precisamente el caso de las comunidades indígenas y negras, como de los individuos que hacen parte de esos grupos<sup>5</sup>. En este sentido, en el entender de la Corte, el derecho a la identidad se manifiesta en una dimensión colectiva y otra individual; la una busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura, la otra, ha de entenderse en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades étnicas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio, según su propia cosmovisión.

Respecto de la doble dimensión que ostenta el derecho a la identidad cultural, la Corte ha aclarado que la protección otorgada a la comunidad como sujeto de derechos no se opone a la protección individual de sus miembros, toda vez que garantizar las manifestaciones individuales puede resultar imprescindible para concretar y materializar el derecho colectivo del grupo étnico del cual se hace parte<sup>6</sup>.

La dimensión colectiva del derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural no sólo se proyecta y protege a través de otros derechos reconocidos por la propia Constitución en favor de los grupos étnicos, sino que también encuentra pleno respaldo en el derecho internacional y, de manera específica, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Dicho instrumento, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional hace parte del bloque de constitucionalidad, desde su preámbulo deja en claro cuál es su objetivo, señalando que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la participación, a la educación, a la cultura y al desarrollo, en el contexto global de la protección a su identidad y en el propósito de que las comunidades indígenas que subsisten en el planeta puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de

5 Sobre el punto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-380 de 1993, C-394 de 1995, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-778 de 2005.

6 Sentencia T-778 de 2005, del MP Manuel José Cepeda Espinosa.

éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales<sup>7</sup>.

Con base en lo anterior, reitera la Corte que el Convenio impone a los gobiernos el deber de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas y tribales interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de dichos pueblos y garantizar el respeto de su integridad (CP art. 2). En palabras del mismo Convenio, dicha acción debe incluir medidas que cumplan los siguientes tres presupuestos básicos: (i) que aseguren a los miembros de las comunidades tradicionales gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional reconoce a los demás miembros de la población; (ii) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y (iii) que ayuden a los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida<sup>8</sup>.

Por lo anterior, en repetidas oportunidades la Corte ha manifestado que el Estado colombiano tiene la responsabilidad de adoptar un papel activo en el propósito de lograr que las comunidades étnicas que habitan en el territorio nacional puedan asumir el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolas de los instrumentos que permitan el fortalecimiento de su identidad, educación, lengua y religión, para así asegurar la supervivencia de las comunidades tradicionales, las personas que la integran, su cultura, sus bienes y los territorios que ocupan; cosa posible a través del reconocimiento de derechos diferenciados y consecuentemente en el marco y desarrollo de una ciudadanía materialmente diferenciada, es decir, el derecho a tener derechos diferentes en un plano de igualdad ante ley. Esto es precisamente la diferenciación material, pues en términos formales el principio de igual ciudadanía sigue siendo la base de la justicia material; no se trata de establecer diferenciaciones formales, lo cual sería un retroceso en la historia de la democracia y la búsqueda de la justicia social.

No obstante, y así lo advierte la Corte, la autonomía garantizada por el principio de identidad étnica y cultural eventualmente puede contraponerse a elementos del sistema jurídico establecidos para regular las relaciones de la sociedad mayoritaria, que tengan un carácter igualmente fundamental desde el punto de vista constitucional. Por esta razón las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural deben tener un espacio garantizado que resulte armónico con los demás elementos integrantes del sistema constitucional que, son igualmente fundamentales dentro de dicho Estado<sup>9</sup>.

7 Sentencia C-208/07. Óp. cit.

8 *Ibíd.*

9 *Ibíd.*

En consecuencia, aunque la diversidad étnica y cultural implique apertura y pluralidad, no debe entenderse como la base legitimadora de un relativismo jurídico, que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta. La diversidad protegida por la Constitución no anula los elementos básicos sobre los cuales está construido el Estado colombiano<sup>10</sup>.

## 2. LAS COMUNIDADES ÉTNICAS COMO SUJETOS DE DERECHO

Conforme la legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las comunidades étnicas además de sujetos políticos, también devienen en sujetos de derecho, como bien lo expresa el magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil en la Sentencia C-208/07<sup>11</sup>, lo cual constituye un referente importante en la consolidación del concepto de ciudadanía materialmente diferenciada. ¿Cuál es el marco constitucional que propicia el devenir de las comunidades étnicas como sujetos de derecho? En respuesta a esta pregunta, aquí resalto como referentes jurídicos del devenir de las comunidades étnicas como sujetos de derecho, en concordancia con el marco constitucional del derecho a la identidad cultural; el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa, el derecho a una educación especial, y la aplicación de acciones afirmativas o de diferenciación positiva, legalmente soportadas en la Constitución Política.

### Derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al consentimiento libre e informado

En el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación como valor constitucional y fundamental, la Constitución Política reconoce y otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan<sup>12</sup>. De ahí se deriva en el entendido de la Corte, que la aceptación y protección que la Carta otorga a la consulta previa es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades étnicas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado.

La Corte ha dicho que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas

<sup>10</sup> Sentencia C-063/10. Óp. cit.

<sup>11</sup> Sentencia C-208/07. Referencia: expediente D-6459. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, "Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente". Demandante: William López Tovar. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá DC, veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007).

<sup>12</sup> Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-620 de 2003 y T-737 de 2005, entre otras.

que los afecten, es expresión concreta del artículo 7 Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del art. 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los arts. 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Así, la jurisprudencia constitucional coincide en señalar que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones estatales, cuando éstas proyectan sus efectos sobre intereses de tales grupos, están llamadas a desarrollarse “dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”<sup>13</sup>. En este sentido, no queda duda que las comunidades étnicas son efectivamente sujetos de derecho, y que la actuación de sus miembros como ciudadanos portadores de derechos diferenciados, constituye una ciudadanía diferenciada que se materializa en el logro de la justicia social, esto es la justicia material, pues basta observar que los miembros de comunidades étnicas, en su condición de ciudadanos y nacionales, son titulares de todos los derechos fundamentales, tal y como ocurre con los demás colombianos.

## Derecho a la educación de las comunidades étnicas y sus miembros

Así como el derecho a la consulta, el derecho a la educación que asiste a las comunidades étnicas y sus miembros, también constituye un elemento clave para el reconocimiento de una ciudadanía materialmente diferenciada. Según se mencionó, dentro de los derechos colectivos de las comunidades étnicas está el derecho a una educación adecuada y acorde con sus valores, su cultura y su forma de vida. Ello significa, por ejemplo, que los pueblos indígenas y las comunidades negras, en general y sus integrantes en particular, tienen derecho a recibir del Estado una educación, ajustada a los requerimientos y características de los distintos grupos que habitan el territorio nacional. Los artículos 10, 68 y 70 de la Carta, consagran expresamente que los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas, y que es deber del Estado promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades.

13 Sentencia T-737 de 2005, la cual a su vez reitera las sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y SU-383 de 2003.

Sobre el derecho a la educación, la Corte se ha pronunciado en innumerables oportunidades, precisando que tal derecho participa de la naturaleza de fundamental en cuanto resulta propio de la esencia del hombre, ya que realiza su dignidad y el valor y principio material de la igualdad<sup>14</sup>, pues “en la medida en que la persona tenga igualdad de oportunidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para su realización como persona.”<sup>15</sup>

De acuerdo con los artículos 67, 68, 150-23 y 365 de la CP, es deber del Estado asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, entre ellos a los grupos étnicos, la prestación eficiente del servicio público de educación, así como también mantener su regulación, vigilancia y control. Igualmente, tales normas disponen que en su condición de servicio público, la educación esté sometida al régimen jurídico que fije la ley, lo cual significa que todo lo atinente a la regulación del servicio educativo es competencia exclusiva y excluyente del legislador, a quien corresponde desarrollarlo de conformidad con los parámetros fijados por la propia Constitución Política.

En este sentido, la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley General de Educación”, incluye, en su capítulo III artículos 55 a 63, el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos. La Ley define la etnoeducación como la educación “que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos”, la cual además “debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones”<sup>16</sup>.

La misma Ley en su art. 56 destaca como principios y fines que orientan la etnoeducación, la integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad, cuya finalidad es la de afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, así como también los sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura; en el art. 57 consagra el bilingüismo para la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística propia, tomando como fundamento la lengua materna del respectivo grupo; conforme el artículo 59 le asigna al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, y en concertación con los grupos étnicos, la función de prestar asesoría especializada en

14 Durante la vigencia de la Constitución centenaria de 1886, de acuerdo con la política indigenista gubernamental de asimilación, las propuestas educativas que se implementaron para las comunidades tradicionales estaban orientadas a acelerar su proceso de integración a los patrones de vida de la mayoría de sociedad nacional y, por esa vía, las mismas siguieron siempre los principios y objetivos básicos de la educación general. Con la expedición de la Constitución de 1991, al definirse el Estado colombiano como democrático y pluralista, se abandonó por completo la idea integracionista y se le impuso al Estado la obligación de adoptar para los grupos étnicos un sistema educativo diferente al de la mayoría, acorde con sus particulares características.

15 Sentencia T-290/96 MP. Jorge Arango Mejía.

16 Artículo 55, Ley 115 de 1994.

el desarrollo curricular, elaboración de textos y materiales educativos, y especialmente, en la ejecución de programas de investigación y capacitación etnolingüística; en el art. 60 prohíbe la injerencia de los organismos internacionales en la educación de los grupos étnicos, sin la previa aprobación del Gobierno y el consentimiento otorgado por las comunidades interesadas; y ordena que de ser necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo de las comunidades tradicionales, los mismos deben ajustarse a los principios y fines de la etnoeducación y su ejecución deberá ser concertada con las autoridades indígenas de las respectivas entidades territoriales (art. 63)<sup>17</sup>.

En esa medida, no cabe duda que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia. ¿Cómo se materializa la existencia de derechos diferenciados en el seno de la sociedad colombiana? ¿El devenir de una ciudadanía materialmente diferenciada vulnera principios como el de igualdad ante la Ley?

### 3. RECONOCIMIENTO Y PRAXIS DE DERECHOS DIFERENCIADOS

El ejercicio de derechos diferenciados a través de los cuales se propicia el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la sociedad colombiana, y se procura atender los problemas de desigualdades sociales asociadas a dicha diversidad, en función de la marginación y exclusión política de la que han sido objeto las comunidades étnicas y sus miembros, se sustenta en la implementación del modelo de Estado Social de Derecho a partir 1991, porque entre otras cosas, propició un amplio ámbito de aplicación de las acciones afirmativas, sustentadas constitucionalmente como derecho fundamental, pues en la Constitución Política se advierte que las autoridades de la república, están instituidas para promover la igualdad real y efectiva adoptando medidas a favor de grupos discriminados (art. 13), lo cual obliga a proveer los escenarios y mecanismos que aseguren las oportunidades reales, para que sean utilizados por la ciudadanía, las comunidades étnicas y sus miembros.

En el marco del Estado Social de Derecho, fundamentado en la solidaridad, la dignidad humana y el trabajo (art. 1), se consagra la necesidad de hacer diferenciaciones que eviten o disminuyan los enraizados criterios y prácticas discriminatorias respecto a determinados colectivos sociales, ¿Estas diferenciaciones desvirtúan el principio de igualdad?

17 Ver Sentencia T-290/96 MP. Jorge Arango Mejía

En la Sentencia C-174/04 la Corte reitera que con la expresión acciones afirmativas o de diferenciación positiva se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, o lograr que los miembros de un grupo que usualmente ha sido discriminado, tengan una mayor representación. La Corte ha precisado que con dichas acciones si bien se acude a criterios que como la raza o el sexo en principio resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad<sup>18</sup>.

Se trata de procurar una igualdad material antes que formal; pues, la igualdad material se afianza al determinar que ante grupos diferentes con necesidades diferentes, se deben adoptar soluciones diferentes; razón por la cual muchos teóricos, juristas, legisladores y funcionarios judiciales, coinciden al considerar que lo pretendido en Colombia con el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho, es superar el rigorismo de la ley, y poder de cara a la realidad social, plantear soluciones que armonizando justicia y derecho se ajusten más a una idea de justicia material, como uno de los fines esenciales del ordenamiento político<sup>19</sup>. Así las cosas, más allá de la prohibición expresa de todo tipo de discriminación negativa, es necesario implementar las acciones afirmativas, y sobre todo exhortar su uso por parte de la ciudadanía y respeto por parte de los funcionarios y autoridades<sup>20</sup>.

Las distintas formas de materializar las acciones afirmativas (sistema de cuotas y sistema de trato preferencial), se basan en la prevalencia del concepto de igualdad material y del reconocimiento que el derecho hace de la existencia de desigualdades naturales, sociales y económicas, en procura del cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (art. 2), que exige de las autoridades propender y garantizar la efectividad real de los derechos; pues, de acuerdo con la Corte, “no existe garantía real del derecho a la igualdad, si frente a las desigualdades que el ciudadano no puede subsanar por sus propios medios, el Estado no ofrece soluciones de fondo”. Así las cosas, corresponde al Estado asegurar el cumplimiento de los derechos teniendo en cuenta las diferencias existentes entre la población colombiana<sup>21</sup>.

18 Sentencia C-174/04. Expediente D-4769. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 (parcial) de la Ley 790 de 2002* por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”. Actor: J. Alfonso Angarita Ávila. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá DC, dos (2) de marzo de dos mil cuatro (2004).

19 Entre otros pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto se puede considerar lo expresado en la Sentencia T-587 de 2007.

20 De los preceptos constitucionales se extrae que en Colombia son beneficiados con este tipo de acciones las personas discriminadas y marginadas de la sociedad ya sea por razones de raza, sexo, origen nacional y familiar, etc., y aquellos que por sus condiciones físicas y mentales, inclusive económicas, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

21 Es importante señalar que la validez y la legitimidad de las acciones afirmativas dependen de la real existencia

En concordancia con lo anterior, la Corte expresa en la Sentencia T-1130/03 que las minorías étnicas y culturales que habitan en el territorio colombiano son titulares de derechos diferenciados y distintos a los que ostentan los demás nacionales, y reafirma como criterios de diferenciación entre las comunidades indígenas y otras asociaciones de individuos, que sus miembros: (i) tienen un vínculo comunitario establecido desde el nacimiento y que, salvo su libre abandono o renuncia, termina con la muerte, (ii) tienen una relación con su comunidad que no se limita a determinados aspectos puntuales y específicos, sino que cubre un “entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe en una forma definida de vida”.

Para la Corte esas condiciones que en principio hacen referencia a las minorías indígenas, resultan aplicables a la generalidad de comunidades diversas, por lo que tales condiciones de pertenencia cobran la calidad de requisitos para el reconocimiento de la autodeterminación de la minoría diferenciada y la posterior adscripción de derechos también diferentes de los que son titulares los demás colombianos. La comunidad diferenciada debe ser identificable, a través de las características etnoculturales que le son propias a sus miembros, lo que se traduce en la existencia de una visión arraigada y tradicional de ver el mundo y de un sistema de valores propio y distinto al de la cultura mayoritaria. Reunidas estas cualidades, según la Corte, nace para las comunidades un sentido de pertenencia doble: son nacionales, porque ostentan la calidad de colombianos, siendo por ello titulares de los derechos, garantías y deberes consagrados en la Carta Política. Igualmente, conservan su vínculo comunitario que les permite desarrollarse dentro del marco axiológico, religioso y político del grupo diferenciado, en concordancia con el reconocimiento contenido en el art. 7 Superior<sup>22</sup>.

No obstante, la concesión de derechos diferenciados a comunidades étnicas y sus miembros, carece de un alcance tal que desborde el marco constitucional que los reconoce. En este sentido, en la citada Sentencia, la Corte explica que la operatividad del mandato de reconocimiento de derechos diferenciados exige: la comprobación de la existencia cierta de una comunidad diferenciada, según los criterios de identificación relacionados con la verificación de un vínculo comunitario basado en la tradición y un sistema particular de valores; y la ponderación entre la adscripción de un derecho diferenciado a favor de la minoría —derecho que en todos los casos debe estar dirigido a la salvaguarda de su identidad cultural— y la protección de otros bienes constitucionales de mayor jerarquía, a fin de calificar la constitucionalidad del tratamiento distinto, para lo cual la Corte apela a la siguiente regla de interpretación: “(i) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (ii) el núcleo esencial de los derechos

---

de la discriminación y de la capacidad material que ellas proporcionen para subsanarla, en determinado contexto tanto temporal como espacial. No toda forma de discriminación puede ser solucionada mediante la aplicación de estas acciones, ni podemos pretender su validez de manera atemporal.

22 *Ibíd.*

fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares<sup>23</sup>.

De lo dicho hasta ahora, se infiere que el ejercicio de derechos diferenciados tiene como pretensión el logro de la justicia material, en virtud de las desigualdades sociales que ubican a uno y otros en situación de desventaja manifiesta en el seno de la sociedad; ahora bien, en el caso particular de las comunidades étnicas, ¿En qué sentido la etnia constituye un criterio idóneo de diferenciación positiva?, pues la tradición filosófica, política y jurídica niega que contingencias naturales como la raza y el sexo, constituyan recursos idóneos para hacer diferenciaciones que favorezcan a determinados miembros de la sociedad. De cara a lo expuesto en el capítulo III de este trabajo, ¿Es irrazonable pretender y hacer diferenciaciones en virtud de la etnia?

### Justificación de la diferenciación positiva a partir de contingencias como la etnia

Al tenor de las anteriores ideas, es preciso considerar si la etnia constituye un criterio para realizar una diferenciación positiva; la respuesta inmediata que se me ocurre respecto a esta cuestión es, que para responder adecuadamente a determinadas exigencias de justicia social, en el marco del Estado Social de Derecho, es preciso hacer cierto tipo de diferenciación positiva, y que para ello es necesario reconocer los factores que han generado la situación de desventaja de aquellos que son objeto del trato diferencial, en cuyo caso, si la etnia ha sido uno de esos factores que ha propiciado la situación desventajosa, entonces, sí constituye un criterio idóneo para la diferenciación positiva.

Para dar cuenta de esta idea observemos, por ejemplo, que en el caso de las comunidades afrocolombianas, los mandatos constitucionales que les reconocen determinados derechos diferenciados, fueron desarrollados en la Ley 70 de 1993, la cual dispone que entre otras cosas, que el Estado colombiano “reconoce y garantiza a las comunidades negras el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales”, siendo su obligación adoptar “las medidas necesarias para que en cada uno de los niveles educativos, los currículos se adapten a esta disposición”<sup>24</sup>. Estos preceptos deben armonizarse con el artículo 13 constitucional, que consagra especial protección y promoción hacia sectores que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de las comunidades afrocolombianas, que históricamente han sido objeto de actos de discriminación en los distintos órdenes, que hacen necesaria la adopción de “acciones afirmativas”<sup>25</sup>.

23 Sentencia T-1130/03. Referencia: expediente T-774610. Acción de tutela interpuesta por Esteban Iguarán González y otros contra la Dirección Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Riohacha (Guajira). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá DC, veintiocho (28) de noviembre de dos mil tres (2003).

24 Ley 70 de 1993. Colombia.

25 Sentencia T-586/07. MP Nilson Pinilla Pinilla.

En tal sentido, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, estableció la obligación de los Estados de expedir esa clase de medidas, “para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”<sup>26</sup>. Valga advertir que según la jurisprudencia, las acciones afirmativas están expresamente autorizadas por la Constitución, por lo cual las autoridades pueden apelar a la etnia para enervar el efecto nocivo de prácticas sociales que colocan a esas personas o grupos en una situación desventajosa<sup>27</sup>. En sentencia T-422 de 1996, la Corte expresó al respecto:

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. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional<sup>28</sup>.

Con base en esos parámetros, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que las acciones afirmativas pueden recaer en el desarrollo educativo de los miembros de las comunidades afro colombianas. “El reconocimiento de la validez del pluralismo, en lo referente a los grupos étnicos, implica un deber de no discriminación en razón de su pertenencia a esta comunidad y un mandato de promoción en virtud de la discriminación a la cual fueron sometidos por largos periodos históricos”<sup>29</sup>.

En síntesis, como bien lo ha expresado la Corte, la utilización de la etnia como criterio para realizar una diferenciación positiva, lejos de trasgredir la Carta, se ajusta a ella en la medida en que busca mejorar la situación de un grupo étnico como las comunidades afrocolombianas e indígenas, que históricamente han sido tratadas como grupos marginales, excluidos de los beneficios y derechos de los demás miembros de la organización social.

Ahora bien, la diferenciación positiva se materializa a partir del reconocimiento de derechos especiales y sus consecuentes beneficios, lo cual sin duda alguna establece una proporcionalidad en el disfrute y garantía de los bienes sociales, entre los diversos miembros de la sociedad teniendo en cuenta sus contingencias particulares, como sujetos de derechos y sujetos políticos, es decir, la justicia entendida de este modo, parte

26 Convención Internacional sobre Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial. 4 de enero de 1969.

27 Sentencia T-586/07. Óp. cit.

28 Sentencia T-422 de 1996. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 *Ibíd.*

no de categorías abstractas sino del hombre concreto, situado en contextos históricos determinantes para su comprensión.

De ese modo, con fundamento en el reconocimiento de la nación colombiana como multiétnica y pluralista, y en desarrollo de los derechos establecidos en beneficio de los grupos étnicos, las normas expedidas por el legislador sobre definición de políticas, adecuación e implementación de programas benéficos para tales grupos y sus miembros, como por ejemplo, los derechos contenidos en la ley 70 de 1993, en la CP, arts. 10, 82, 91, 286, 287, 288, 321, 329, 330, entre otros; cada vez se considera con más frecuencia que tales derechos, “constituyen instrumentos valiosos a los cuales pueden acogerse las comunidades negras y sus miembros, según sea su situación particular, siempre y cuando consideren que constituyen garantías a sus derechos y respeten sus intereses colectivos.

En consecuencia, bien podemos decir que “los miembros de comunidades indígenas y negras, cuentan con varios sistemas normativos compatibles entre sí; en su calidad de ciudadanos colombianos tienen todos los derechos y deberes de los demás nacionales establecidos en la Constitución política y las leyes; en su calidad de grupos étnicos tienen los derechos contenidos en la legislación especial para comunidades étnicas, y por último, tienen los sistemas normativos propios de la tradición de sus comunidades”. Cosa que configura una ciudadanía materialmente diferenciada, que a su vez, deviene en un importante punto de partida para concebir la justicia política adecuada a las exigencias del pluralismo y las desigualdades sociales.

## CONCLUSIONES

La diferenciación en derechos a través de la ciudadanía se explica en la medida en que, la procuración de la justicia material ha propiciado la aplicación de diversas medidas jurídicas especiales en aras de generar condiciones favorables, para los grupos y personas históricamente desfavorecidos en el seno de la sociedad, lo cual desborda los alcances formales de categorías tradicionales como la igual ciudadanía liberal.

El reconocimiento de derechos diferenciados en el marco de la diversidad étnica y cultural, permite dilucidar la idea de justicia proporcional, conforme los lineamientos de la *Hermenéutica analógica*<sup>30</sup>. La idea es que la imparcialidad y la equidad como elementos definitorios de la justicia, se sitúan en el marco de la proporcionalidad que requiere la justicia política adecuada a las exigencias teóricas y prácticas del pluralismo, cosa que en clave de la filosofía política y jurídica como *hermenéutica analógica de la justicia*<sup>31</sup>, propicia la posibilidad de desarrollar una teoría de la justicia material, como medida de valoración para el derecho y la política.

30 Ver Aristides Obando Cabezas. *Hermenéutica analógica y Justicia política*. Tesis doctoral en Filosofía Política, UAEM, México, 2011.

31 Obando Cabezas, Aristides. “Ciudadanía y Justicia política: una mirada desde la hermenéutica analógica”, en: Blanco Beledo, Ricardo (comp.). *El modelo de la analogía y algunas disciplinas científicas*. Editorial Torres

Las acciones afirmativas y legislaciones especiales para atender los problemas de la justicia social, podrían ser consideradas contradictorias y violatorias al principio de igualdad de derechos y utilitariamente justificadas, porque a razón de proteger los derechos de grupos marginados se podría vulnerar los derechos individuales de personas no pertenecientes a tales grupos. No obstante, el reconocimiento de derechos diferenciados que propician, es lo más cercano a la idea de justicia proporcional que reclaman las actuales sociedades democráticas, al tenor del expreso reconocimiento de las injusticias sociales causadas por la lógica de la discriminación y marginación padecida por determinados sectores sociales, en virtud del género, etnia, posición social, orientación sexual, entre otros factores.

El desarrollo del marco legal colombiano a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con el reconocimiento de derechos diferenciados para las comunidades étnicas y sus miembros, configura la idea de ciudadanía materialmente diferenciada. Esta categoría la concibo como el derecho a tener derechos diferentes en un plano de igualdad ante ley. En términos formales, el principio de igual ciudadanía sigue siendo la base de la justicia material, pues, no se trata de establecer diferenciaciones formales, lo cual sería un retroceso en la historia de la democracia y la búsqueda de la justicia social.

## Referencias

- Beuchot, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica: Hacia un nuevo modelo de interpretación*. UNAM (FFyL)-Editorial Ítaca, México, 2000.
- . *Filosofía política*. Editorial Torres Asociados, 2006.
- . *Interculturalidad y derechos humanos*. Siglo XXI-UNAM (FFyL), México, 2005.
- . *Filosofía del derecho*. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Facultad de Derecho, 2007.
- . *Hermenéutica analógica, y derecho desde una perspectiva trágica*. Editorial Jus, México, 2010.
- Cortina, Cortina. *Ética aplicada y democracia radical*. Editorial Tecno, 1993.
- . *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Alianza, Madrid, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos tomados en serio*. Cambridge, Mass., 1997.
- . *El imperio de la justicia*. Gedisa, Barcelona, 1988.
- Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta*. Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Colombia, 1997.
- Honneth, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, Editorial Crítica, Barcelona, 1997.
- . con Fraser Nancy. *¿Redistribución o reconocimiento?* Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Barcelona, 1996.
- Taylor, Charles. *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. 1992. FCE, México, 2001.
- Young, Iris Marion. *La Justicia y las políticas de la diferencia*. Cátedra, 2000.
- Zapata, Ricardo. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Editorial Anthropos, 2001.

## **LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

### *Legislación colombiana*

Constitución Política de Colombia, 1991

Decreto 2277 de 1979

Decreto 2591 de 1991

Decreto 804 de 1995

Decreto 1278 de 2002

Decreto 3238 de 2004

Ley 153 de 1887

Ley 8 de 1979

Ley 21 de 1991

Ley 70 de 1993

Ley 115 de 1994

Ley 715 de 2001

Ley 790 de 2002

Ley 1122 de 2007

### *Legislación internacional*

Convenio 169 de la OIT

Convención Internacional sobre Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial. 4 de enero de 1969

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948

*Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*

Sentencia T-406/92. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Baron

Sentencia T-428/92. Sentencias T-380/93. Sentencia T-405/93

Sentencia C-083/95. Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia T-499/95, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-566/95. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T-422/96. Magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T-290/96 Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía

Sentencia SU-039 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonel

Sentencia SU-747/98. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencias T-652/98 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C-636/00. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell

Sentencia C-1064/01. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C-620/03 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia T-1130/03. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C-174/04. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia T-778/05 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia T-586/07. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Sentencia C-208/07. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia C-063/10. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto