

# **ESCLAVITUD PERPETUA: CONSTRUYENDO UNA PERSPECTIVA DE RAZA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO**

*Jorge González Jácome\**  
Pontificia Universidad Javeriana\*\*

## **RESUMEN**

El elemento racial generalmente ha sido invisible en nuestra sociedad. A pesar de la abolición de la esclavitud, el proceso de hacer invisible lo negro ha sido efectivo. Dos recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana nos han hecho pensar que el problema de raza es algo significativo en nuestra sociedad. Muchas dificultades existen en los pronunciamientos de la Corte y este artículo presenta una crítica a algunos argumentos jurídicos allí contenidos y sus consecuencias. También sostengo que la Corte tiene un largo camino para que el problema racial sea visible en nuestro actual estado de cosas. Un resultado de un corto cuestionario hecho a algunos estudiantes de clase media alta de una facultad de derecho nos muestra que el problema racial es invisible para muchos de nosotros, aunque de una forma muy paradójica. Una forma de hacer visible esta situación es aprovechar las herramientas que nos daría una historia desde abajo. Con esta metodología se puede señalar que el imaginario de una sociedad mestiza fue un proyecto político presentado por una élite con el fin de borrar la raza de nuestros imaginarios. Si la Corte está

*Fecha de recepción:* 17 de abril de 2006  
*Fecha de aceptación:* 28 de abril de 2006

---

\* Profesor investigador Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Grupo de investigación en teoría jurídica general y teoría política, reconocido por Colciencias, categoría A. Este artículo se inscribe en la línea de investigación de estudios culturales del derecho de dicho grupo.

\*\* Calle 40 # 6-23, piso 6°, Bogotá-Colombia. Facultad de Ciencias Jurídicas.

éticamente comprometida con una sociedad que no discrimine por motivos de raza, una nueva narrativa sobre las personas de raza negra debe ser construida.

**Palabras clave:** Corte Constitucional, crítica, acción afirmativa, igualdad, test estricto de razonabilidad, raza, historia desde abajo, mestizaje, visibilidad, emancipación.

## **ETERNAL SLAVERY: BUILDING A RACE PERSPECTIVE IN COLOMBIAN CONSTITUTIONAL LAW**

### **ABSTRACT**

*The racial element in our society has been generally invisible to many of us. While slavery has been abolished, the process of making black people invisible has been effective. Two recent judgements of the Colombian Constitutional Court have made us think of the race problem as something meaningful in our society. Many difficulties arise in these judgements, and this article presents a critique to some of the legal arguments and consequences of them. It also sustains that the Court has still a long way to go in order to make the racial problem a visible one in our present state of affairs. Some results of a short questionnaire to some mid-high class law students show us how the racial problem is largely invisible to most of us, although in an extremely paradoxical way. A way to make visible this situation is to take advantage of some tools that a history from below can give us. With this methodology we can affirm that the imaginary of a colorblind society was a political project presented by elite in order to erase the race from our imagination. If the Court is ethically committed to achieve a desegregated society, a new narrative about black people must be built.*

**Key words:** *Constitutional Court, critique, affirmative action, equality, strict scrutiny, race, history from below, colorblindness, visibility, emancipation.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

1. UN PAR DE DECISIONES PROTECTORAS
  - 1.1. La intención discriminatoria
  - 1.2. La acción afirmativa como remedio para la discriminación racial
2. HISTORIA CONTRA LA INVISIBILIZACIÓN
3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

### INTRODUCCIÓN

Cualquier viernes o sábado —tal vez sin excepción— en algún lugar del territorio colombiano retumba entre algunos muros un coro de una canción; desde el fondo del alma el cantante vocifera un “*¡no le pegue a mi negra!*”. Muchos de nosotros podemos dar fe de la presencia de este estribillo en algún lugar de nuestra conciencia. El estribillo a veces se pierde entre cuerpos frenéticos de mujeres y hombres que se esfuerzan por seguir un acelerado ritmo de *salsa* que va a guiar su movimiento por la tierra por unos cuantos minutos. Detrás de ese ritmo que las parejas deciden dar a sus cuerpos para seguir la canción, se cuenta la historia que seguramente vivieron no pocas de las personas traídas desde África para servir como esclavos de criollos y españoles en la época colonial<sup>1</sup>. La historia cuenta que un español golpea a su esclava africana y del esposo de ésta —quien también era esclavo del mismo amo— se dice que, “*se rebeló el negro guapo y tomó venganza por su amor*”. Es una historia de *rebelión* tal como lo indica el título de esta canción de JOE ARROYO que lanza un lamento sobre la dificultad de los africanos desde el momento en el que ponen pie en territorio americano:

“Cuando aquí llegaban esos negreros, africanos en cadena besaban mi tierra: esclavitud perpetua”.

Cerca de cuatrocientos años después de la *rebelión del negro guapo* ocurrida en *los años mil seiscientos*, un grupo de mujeres se disponía a celebrar la Navidad del año 2004 en una discoteca del sector amurallado de Cartagena. Como es una práctica común en muchos de los sitios públicos de esparcimiento como bares o

---

1 Véase por ejemplo a DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, *Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor*; Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

discotecas, a la entrada se encontraban dos vigilantes encargados de decidir quién podía entrar o no a la misma. A dos de las mujeres del grupo se les negó la entrada. Al preguntar por qué razón ellas no podían entrar, los vigilantes les señalaron que las blancas y rubias sí podían pero las *morenitas* no y que tenían instrucciones precisas de los dueños de los establecimientos para proceder de tal forma<sup>2</sup>. En razón a su color de piel, a estas dos mujeres se les impidió el ingreso a dos discotecas de la ciudad antigua. Unos seis meses después, estos hechos vuelven a ocurrir en Cartagena: una mujer de color de piel negra intenta ingresar a una de las discotecas de la ciudad amurallada y el vigilante de la entrada le señala que,

“los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero”<sup>3</sup>.

Adentro de estas discotecas, en algún momento de la noche, los cuerpos de los que sí pudieron entrar seguramente se levantaron de la mesa y bailaron hasta el éxtasis una canción en la que se contaba “*un pedacito de la historia negra, de la historia nuestra*”; esa historia de rebelión y esclavitud perpetua ocurrida en los años mil seiscientos. Probablemente quienes estaban adentro no se percataban que afuera de esas discotecas, muy cerca de ellos, la historia de una esclavitud perpetua no había logrado ser eliminada. Ellos sólo se preocupaban en ese momento —como ocurre las veces que suena esta canción en algunas discotecas— por no perder el paso de *salsa* que a los *blancos* nos exige una concentración extrema para no caer en una simple pantomima. El negro sólo está en los parlantes de la discoteca.

Estos dos casos podrían verse como actitudes aisladas en el contexto colombiano y que en realidad no se presentan muchas veces porque, en términos generales, la raza no es un factor de discriminación en nuestra sociedad. Sin embargo, si se asumiera este juicio, no habría necesidad de ahondar mucho en el asunto por qué obedecería a un patrón de comportamiento anormal de dos personas que debería corregirse con un tratamiento psiquiátrico. Así las cosas, con estos casos quisiera resaltar que los afrodescendientes<sup>4</sup> han tenido que entablar unos procesos de lucha y diálogo con el fin de hacerse visibles para el derecho; su testimonio de lucha en la vida cotidiana desde el lenguaje de los derechos individuales la hemos

---

2 Véanse los hechos que dieron origen a la sentencia C. Const, T-1090/2005, C. VARGAS.

3 Estos hechos fueron el fundamento de la sentencia C. Const, T-131/2006, A. BELTRÁN.

4 Soy consciente de las diferentes cargas que tiene usar las palabras negro, moreno, afrodescendiente, afrocolombiano, etc. Sin embargo, para efectos de este artículo las usaré indistintamente para describir una característica fenotípica sobre un color de piel y ciertos rasgos físicos que hay en nuestro imaginario común.

visto recientemente en dos pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>5</sup>. Sin embargo, para otras disciplinas distintas al derecho como la historia, el elemento racial ha estado presente en sus análisis desde hace algún tiempo cuando se ha tratado de hacer críticas a los elementos coloniales que han quedado en nuestra sociedad después de la supuesta emancipación. La propuesta es mostrar cómo con algunos elementos que han estado presentes en el análisis histórico, el problema de raza puede ser más visible en el debate jurídico colombiano de lo que actualmente es y puede contribuirnos para preguntar sobre el papel del derecho en el cambio hacia una sociedad que desee eliminar la segregación por motivos de raza.

Para ello, en una primera parte de este artículo haré un análisis de los fallos de la Corte Constitucional con el fin de determinar cuáles son los argumentos centrales a través de los cuales se hizo prevalecer el principio de la no discriminación por razones de raza y cuáles son los problemas que tienen. En la segunda parte mostraré las líneas generales como algunos estudios históricos han abordado el tema de raza y cómo desde una propuesta de “historia desde abajo” lo negro puede ganar visibilidad. En la tercera y última parte hay unas conclusiones que intentan resumir los argumentos centrales del texto.

## 1. UN PAR DE DECISIONES PROTECTORAS

Entre los años 2005 y 2006 la Corte Constitucional colombiana recibió dos casos ocurridos en Cartagena en donde a dos personas se les impidió el ingreso a dos discotecas por razón de su color de piel —negra—. En las sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006 se señaló que se trataba de dos casos de discriminación racial y por tanto se les otorgó protección a las personas que habían sido afectadas con la decisión de las correspondientes discotecas. Las dos sentencias señalaron que cualquier discriminación por razón de raza se debe entender como contraria a la Constitución. En su argumento central, la Corte colombiana reconoce que en razón a diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia —como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana de Derechos Humanos— el racismo es una de las prácticas que degrada a los seres humanos. Ello es así en la medida en que la discriminación por motivos de raza tiene como fundamento una característica involuntaria de los seres humanos que se mantiene constante a lo largo de su vida. Así las cosas, negarle el acceso a un bien a una persona por razón de una característica racial resulta discriminatorio

---

5 Véase *supra* notas 2 y 3.

en la medida en que la persona nunca podrá hacer nada para remediar dicha situación al ser algo ajeno a su voluntad.

Teniendo en cuenta este núcleo común de argumentación de las sentencias, éstas también comparten un mismo grupo de razones para llegar a la conclusión que hemos reseñado —la inconstitucionalidad de las prácticas que envuelven una discriminación racial— que quisiera resaltar en este punto con el fin de reconocer sus bondades y criticar algunas de sus posibles consecuencias: i) la idea de probar la intención discriminatoria de quien causa la exclusión; ii) las medidas que se pueden tomar para remediar la discriminación racial, particularmente la acción afirmativa.

### **1.1. La intención discriminatoria**

Teniendo en cuenta lo anterior, la primera cuestión que la Corte hace es sostener que el principio de igualdad se encuentra vulnerado cuando hay una discriminación por motivos de raza. En la sentencia T-1090 de 2005 este argumento es extenso y se realiza una interpretación del artículo 13 de la Constitución colombiana en donde se señala que,

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

A partir de ello, dice la Corte, se puede afirmar que cualquier medida que utilice criterios de raza para llevar a cabo una distribución de recursos<sup>6</sup> es de por sí sospechosa por estar expresamente contenida en el artículo 13 como una de las causales que no puede llevar a un trato inequitativo entre las personas. La Corte señala que, si bien es legítimo dar un trato diferenciado a diversos sujetos, hay que tener en cuenta que si el mismo se hace por motivos de raza, al ser este uno de los criterios sospechosos establecidos en la Constitución, se puede *presumir* que ha existido una segregación y que ello es una conducta inconstitucional. Acudiendo a tratados internacionales y otros documentos que la jurisprudencia constitucional ha denominado bloque de constitucionalidad<sup>7</sup> la Corte señala que la raza es un criterio

---

6 Entiéndase recursos acá en un sentido amplio donde no necesariamente tiene una connotación económica, sino que se refiere a cualquier derecho al que una persona debe tener acceso para satisfacer necesidades vitales.

7 Con respecto al bloque de constitucionalidad véase UPRIMNY, RODRIGO. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en VALENCIA VILLA,

sospechoso por ser una característica que no se modifica por voluntad de quien la porta y su modificación alteraría la esencia del sujeto. Las diferenciaciones basadas en raza han traído los ultrajes más grandes de la humanidad como el holocausto a principios del siglo XX. De allí que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se pueda sostener la raza como factor de diferenciación en acceso a recursos, según la Corte<sup>8</sup>.

Sin embargo, el alegato de los dueños de la discoteca se basó en señalar que la exclusión de las dos mujeres de color de piel *morena* no había sido por razones de raza sino porque los lugares, en la noche que ellas fueron a entrar, se encontraban al tope de su capacidad. El punto que cabe resaltar acá es que la Corte le restó importancia a los alegatos de los dueños de las discotecas porque encontraron probado, a través de testimonios, que las discotecas no estaban llenas la noche en las que ocurrieron los hechos. En palabras casi idénticas en los dos fallos se señala:

“Esta Sala concluye de *las pruebas que obran en el expediente*, que la razón fundamental por la que se negó la entrada a la ciudadana Johana Luz Acosta Romero a las discotecas demandadas es su raza y no que éstas se encontraran llenas durante la noche de Navidad”<sup>9</sup>.

Para la Corte, en este caso, era necesario probar que la razón por la cual se había excluido a estas mujeres era su raza; es decir, era importante probar que había una especie de intención o propósito discriminatorio<sup>10</sup>. Si se hubiera logrado

---

ALEJANDRO (ed.) *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003, págs. 97-154.

- 8 Cabe anotar que esta posición de la Corte resulta apologética del movimiento internacional por los derechos humanos desde 1948. Sin embargo, la sumisión de África por parte de Europa no va a terminar sino muchos años después y en todo caso, el viso racial hacia ex colonias en el mundo no desapareció en el derecho internacional sino que se transformó. Al respecto véase: RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.
- 9 C. Const, T-1090/2005, C. VARGAS (bastardilla fuera de texto). En la sentencia C. Const, T-131/2006, A. BELTRÁN esta frase es prácticamente copiada: “En el caso en estudio y de *conformidad con las pruebas anexas al expediente*, es posible observar que la razón fundamental por la que se negó la entrada a la ciudadana Liliana Cuéllar Serrano a las discotecas demandadas es su raza, y no que éstas se encontraban llenas por la temporada de mitad de año”.
- 10 Esta ha sido una de las discusiones en derecho constitucional en los Estados Unidos sobre los temas de discriminación racial. Es decir, si la Corte debe encontrar probado un propósito racialmente discriminatorio para encontrar violada la cláusula de igualdad de protección de la Constitución norteamericana. Al respecto véase. ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, págs. 169-214.

probar que su exclusión no hubiera sido por motivos de raza sino por otro no-sospechoso, es probable que la tutela no hubiese prosperado y se señalaría que la conducta de los dueños de la discoteca se hubiera ajustado a parámetros constitucionales. Si la Corte exige una prueba de que la exclusión de un lugar público de una persona ha sido por motivos de raza ello puede no tener un efecto tan protector. Ciertos resultados de algunos procesos de selección pueden no estar expresamente motivados en raza pero, coincidentalmente, tienen un efecto excluyente con personas pertenecientes a razas particulares. Un ejemplo puede servir para aclarar este punto: en el caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos *Griggs v. Duke Power Co.*<sup>11</sup> se discutía el hecho de que un examen aparentemente neutral que tomaban los aspirantes a un trabajo tenía como resultado, *coincidental*, la exclusión de personas de raza negra del mismo. La Corte Suprema de los Estados Unidos se concentró en el hecho de que este examen terminaba teniendo un efecto excluyente a pesar de que el criterio de selección de la empresa no era la raza, sino los resultados que obtenían las personas en un examen.

Apliquemos el razonamiento de la Corte Constitucional a este caso: una persona de raza negra desea adquirir el empleo ofrecido por una compañía. El requisito para ello es tomar un examen y de acuerdo con los resultados en esta prueba se adjudicará el empleo o no. La persona es calificada con una baja nota por sus respuestas y esto ocurre sistemáticamente con todas las personas de una raza particular que toman el examen. Si alguien quiere obtener una protección a sus derechos fundamentales, en los términos de la Corte colombiana, deberá probar que su exclusión se dio por motivos intencionalmente discriminatorios de la empresa. Esta última podrá probar que la selección nada tuvo que ver con la raza, sino que se debió a un examen calificado de manera objetiva que arrojó dichos resultados. En últimas, exigir la prueba de un propósito discriminatorio por parte del perpetrador —sujeto activo que causa el daño— no puede resultar tan sencillo en muchos casos como en los de un examen con preguntas aparentemente objetivas<sup>12</sup>. Lo que podría hacerse es exigir al perpetrador que justifique por qué una determinada prueba termina siendo excluyente con personas pertenecientes a un grupo racial y que dicha exclusión no tenga nexos alguno con el hecho de que una persona pertenezca a una raza. Un camino más extremo que la Corte no explora es presumir que un

---

11 Citado en FREEMAN, ALAN, “*Antidiscrimination Law from 1954 to 1989: uncertainty, contradiction, rationalization, denial*” en KAIRYS, DAVID (ed.), *The politics of law: a progressive critique*, Basic Books, New York, 1998, pág. 295.

12 El término perpetrador lo tomo de Freeman: *Ibidem*, pág. 286. La idea de Freeman en el artículo citado es mostrar que exigir una prueba del propósito discriminatorio se puede deber a que en las Altas Cortes no hay jueces que tengan la perspectiva de la víctima de la discriminación y entiendan cómo remediar la situación con esquemas distintos a los tradicionalmente exigidos en el derecho.

resultado de este tipo está determinado por cuestiones raciales a menos que se pruebe lo contrario.

Así las cosas, la pregunta no sería tanto por *las intenciones* de un grupo de personas que niega el acceso a recursos a personas por razón de su raza. La cuestión sería si es o no razonable que ciertas prácticas sociales tengan como *resultado final* la limitación del acceso a los recursos a personas de un grupo racial particular<sup>13</sup>. En otras palabras, esta pregunta puede estar cuestionando la forma como tradicionalmente se desarrollan los tests de igualdad o razonabilidad en la Corte donde se consultan los fines que una determinada medida podría tener. Por ejemplo, en el caso de la sentencia C. Const, C-673/2001, M. CEPEDA, se analiza con un test de razonabilidad si un decreto que intenta extender el escalafón nacional docente a los docentes no oficiales es constitucional. La Corte, en un test intermedio de razonabilidad<sup>14</sup>, determina si el fin de la medida es legítimo e importante; con una buena dosis de abstracciones señala que la intención de esta medida es asegurar “la idoneidad ética de los docentes”. Así las cosas, declara la exequibilidad de dicha medida sin preguntarse sobre los resultados que pueda tener la misma y a quién excluye. En casos sobre discriminación racial la pregunta por los resultados haría incompatible este tipo de análisis porque lo que se propone es la revisión de los resultados concretos de una medida y no la prueba de su objetivo o intención lo cual, en un proceso de tutela, impondría una carga adicional a quien alega.

Preguntarse por los resultados es hacer que el problema racial colombiano sea más visible de lo que es para algunas personas. Muchos de nosotros en algunos círculos sociales, como más adelante veremos, no estamos dispuestos a aceptar la existencia de una sociedad que segrega por motivos de raza; reconocerlo sería consultar nuestras propias motivaciones para actuar y difícilmente alguien hoy no obtiene rechazo social cuando señala que hay un tinte racista en sus juicios. Sin embargo, no podemos ser ciegos a ciertos resultados que ocurren en la sociedad donde grupos raciales específicos tienen un acceso limitadísimo a recursos. Por ejemplo, el hecho de que cerca del 26% de la población colombiana (10,5 millones) sea afrodescendiente según el censo de 1993 y que de ese 26%, el 80% tenga necesidades básicas insatisfechas<sup>15</sup>, al menos nos cuestiona sobre los resultados en la repartición de recursos con ciertos grupos de población.

---

13 *Ibidem*, pág. 297.

14 Para revisar las intensidades del test de razonabilidad se recomienda revisar esta sentencia (CConst, C-673/2001, M. Cepeda).

15 Véase: [http://www.etniasdecolombia.org/grupos\\_afro\\_actualidad.htm](http://www.etniasdecolombia.org/grupos_afro_actualidad.htm) (recuperada el 8 de abril de 2006).

Lo paradójico es que la Corte reconoce en sus consideraciones esta situación, pero no se percata que un análisis con respecto a la prueba podría traer las dificultades que se han ilustrado con el ejemplo anterior. Ahora bien, alguien justificaría el razonamiento de la Corte en estos casos en el siguiente sentido: si miramos sólo los resultados de los “procesos de admisión” a bares y discotecas podremos encontrar que un grupo de población no se encuentra en su interior porque ellos eligen por su propia voluntad no ir. Por ello es que resultaría más conveniente exigir la intención de discriminar por parte del perpetrador y no sancionar a otros que no tuvieron intención discriminatoria, sino que simplemente no admitieron personas de raza negra en sus instalaciones porque ellas no se presentaron. Si nos guiamos sólo por el resultado de que en una noche en un sector de la ciudad efectivamente no hay personas de raza negra, los dueños de las discotecas nos dirían “ellas no vienen por su voluntad”. Ilusionémonos con el hecho de que ellas no van allá por razones distintas a la prohibición de su entrada por razón de su color de piel y de allí que evaluar los resultados e imponer un remedio de acuerdo a ellos pueda ser problemático en este caso. Pero, ¿hasta qué punto en cuestiones como acceso a empleos o cupos universitarios, donde sí pueden presentarse un grupo significativo de minorías raciales, la Corte tendría resultados satisfactorios si aplicara el mismo razonamiento sobre la prueba? De allí que haya una limitación en esta argumentación de la Corte que exige la prueba y no estoy dispuesto a ceder en la generalización de la exigencia de la prueba en los casos de discriminación racial.

Ahora bien, los remedios que la Corte propone para este caso resultan importantes en la medida en que van a tratar de remediar los resultados de esta práctica discriminatoria como tal. Uno de los remedios que se propone generalmente ante procesos que tienen resultados excluyentes es la acción afirmativa. A su análisis en este caso me dedico a continuación.

## **1.2. La acción afirmativa como remedio para la discriminación racial**

Uno de los remedios que la Corte Constitucional dice que debe utilizarse en materia de discriminación racial es el de las acciones afirmativas, las cuales también han sido utilizadas en otras altas cortes en temas de raza<sup>16</sup>. El argumento de las acciones afirmativas como una forma de combatir la discriminación por razones de raza va ligado al hecho de que existe una población especialmente discriminada en el contexto

---

16 Por ejemplo, véase LAWRENCE III, CHARLES R., “*Race and affirmative action: a critical race perspective*” en KAIRYS, DAVID (ed.), *The politics of law: a progressive critique*, Basic Books, New York, 1998, págs. 312-327.

colombiano. La acción afirmativa consiste en una discriminación inversa en donde, por ejemplo, se podría garantizar un número fijo de cupos en ciertos cargos, empleos, escuelas y universidades a un grupo de población determinado. Esto se hace porque ese grupo de población ha sido tradicionalmente discriminado. Un ejemplo de acciones afirmativas en Colombia es la Ley 581 de 2000 —conocida como la Ley de Cuotas— en donde se obliga a la administración pública a tener un porcentaje determinado de mujeres en los órganos de decisión<sup>17</sup>.

En el caso de los afrodescendientes se sostiene que la discriminación especial a la que se ha sometido esta población ha llevado a que tengan un gran número de necesidades básicas insatisfechas. En materia de acceso a recursos económicos, la Corte no ve desligado el problema de la pobreza con su pertenencia a la raza y citando un artículo de algunos consultores de la CEPAL, la Corte señala en la sentencia T-1090 de 2005 que a

“los grupos afrolatinoamericanos se les ha negado sistemáticamente el acceso a los diversos bienes materiales de la sociedad y también se les ha rechazado el reconocimiento y protección de su propia identidad. La carencia de tales valores frente al desarrollo y universalización de los derechos económicos, sociales y culturales, exige de cada uno de los estados la adopción de estrategias para promover en esos grupos el acceso a una ciudadanía moderna”.

Esta discriminación especial de cerca del 20% de la población colombiana es la que lleva a la Corte Constitucional colombiana a señalar que esto

“justifica sin lugar a dudas, su estatus constitucional como *sujetos de especial protección*, sustenta que se les catalogue como *criterio sospechoso* cuando quiera que sean objeto de alguna diferenciación y da contenido amplio, preciso y categórico al principio de no discriminación en Colombia”.

La situación de desventaja del grupo racial es la que sustenta que uno de los remedios mencionados por la Corte sea la acción afirmativa que, en nuestro medio, puede darse por vía legislativa. De allí que la Corte en su decisión final exhorte al Congreso de la República para que tramite un proyecto de ley que sancione las prácticas o conductas de segregación racial. Esta regulación que haga el Congreso de la República podría incluir la aplicación de algunas acciones afirmativas bajo las perspectivas que se señalan en estas sentencias, donde se habla de ellas como un mecanismo que corrige las inequidades que se presentan con ciertos grupos de

---

17 Véase la sentencia C. Const, C-371/2000, C. GAVIRIA. En ella se revisa este proyecto de ley y se hace una reflexión sobre las acciones afirmativas.

población. Vale la pena llamar la atención en este punto si el Congreso se someterá en su regulación a las palabras textuales del fallo de la Corte Constitucional o si irá un poco más allá. En palabras de la Corte el Congreso debe regular para “sancionar” las prácticas que constituyen segregación pero no dijo nada sobre las acciones afirmativas como medio idóneo para resolver la inequidad racial en Colombia. Asumamos que el Congreso, al momento de la regulación, decida que la acción afirmativa es una forma de sancionar la discriminación racial y quiera valerse de los argumentos encontrados en la sentencia de la Corte para guiar su labor. El Congreso se encontraría con que la Corte Constitucional no profundiza en este caso el tema de la acción afirmativa a pesar de afirmar en la sentencia T-1090/05 que la conducta de los establecimientos tutelados no es un comportamiento aislado sino que hace parte de un

“conjunto de maniobras históricas y generales sustentadas en la exclusión social, económica, y política de grupo racial”.

Pero no se ve en este caso particular cómo funcionaría una acción afirmativa para lugares como discotecas en donde, por ejemplo, se les exigiera que admitieran personas de raza negra en una cantidad determinada.

Las acciones afirmativas podrían tener un efecto importante —aunque no necesariamente es la única estrategia— si quisiéramos movernos hacia una sociedad que tenga intenciones no segregacionistas. Sin embargo, se ha criticado la existencia y aplicación de acciones afirmativas por diferentes razones que se pueden ilustrar a través del siguiente ejemplo. Supongamos que existe un programa de acciones afirmativas que le obligara a las universidades públicas a admitir en sus programas de pregrado un 26% de personas afrodescendientes: por cada cien admitidos en un programa, veintiséis de ellos deberían ser afrodescendientes. Para ingresar a la universidad los aspirantes deben presentar un examen con el fin de medir sus capacidades y el mismo es calificado sobre cien; supongamos que 90 estudiantes han sacado 95 puntos en este examen. Sin embargo, ninguno de los afrodescendientes ha sacado un puntaje superior a 92 pero, a pesar de ello, tendrán acceso a los cupos por la norma que consagra el 26% de los cupos. Algunos “blancos” que sacaron 95 en un examen que probaba sus aptitudes se quedarán sin ingresar a la universidad y perderán su cupo con una persona de raza negra que sacó 92 en la misma prueba<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Estoy planteando un caso muy similar al que se presentó en la Corte Suprema de los Estados Unidos *Bakke v. Regents of University of California*.

Las críticas que surgen en contra de una acción afirmativa se dan por los resultados que ello traería. Podría argumentarse que, si bien ha existido una discriminación histórica con respecto a los afrodescendientes, ¿por qué una persona que quiere ingresar a la universidad debe pagar por tal discriminación si no la causó por su voluntad? En segundo lugar el ataque dirigido a una política de acción afirmativa podría ser el siguiente: si la misma Constitución señala en el artículo 13 que no habrá discriminación por motivos de raza, ¿entonces esa política de acciones afirmativas no podría constituirse en una forma de discriminar a los que no pertenecen a la minoría respecto de la cual se estableció la medida? En otras palabras, ¿no me está pidiendo la propia Constitución que la raza *no* sea un criterio para tener acceso a recursos?<sup>19</sup>. Las respuestas a estas preguntas no son fáciles y más que inventar unas nuevas trataré de reproducir algunas que ya se han dado en otros contextos matizando algo para los casos que maneja la Corte Constitucional.

El punto en las acciones afirmativas es que intentan hacer una redistribución y, por tanto, muchas veces para los grupos dominantes las mismas se convierten en un mecanismo que les hace perder algo. En ese sentido hay una posición conservadora que defiende el *status quo* con una línea de argumentos que se podría sintetizar así:

“Si en un ambiente de competencia perfecta hay mujeres o miembros de grupos minoritarios que salen perdiendo eso va más allá del alcance de lo que puede corregir el derecho [...]. Es cierto que las distribuciones que existen en la actualidad no son siempre justas pero también sería injusto penalizar a alguien que no causó el daño con el fin de lograr la igualdad real. Por ello, no podría apoyarse la acción afirmativa”<sup>20</sup>.

Así las cosas, si el resultado que se da es uno en el que las personas de raza negra tienen menor acceso a los recursos, ello se deberá a una especie de selección natural que muestra que no *merecerían* estar en un lugar distinto. Esta posición que se opone a la acción afirmativa niega entonces que se pueda hacer una redistribución de los recursos penalizando a unas personas que nada tuvieron que ver con el daño que se le causó a otras.

El contra argumento que se podría hacer a esta postura es que el remedio de una situación de discriminación siempre va a tener un medio de redistribución de los recursos; si asumimos que la actual distribución de los mismos es injusta y que ella no es natural, entonces no hay otra forma distinta de ir logrando la igualdad que aplicando algunas medidas que redistribuyan los recursos. Éstas siempre van a

---

19 LAWRENCE III (1998), *op. cit.*, pág. 316.

20 *Ibidem*, pág. 323.

tener como efecto la renuncia de un grupo de privilegiados a algún bien para que los discriminados lo puedan disfrutar. Si el Congreso abandonara la idea de imponer algunas medidas como las acciones afirmativas en su regulación, querría decir que renuncia a una herramienta de redistribución de los recursos que puede ayudar a darle igualdad a la sociedad<sup>21</sup>. Si no adopta ninguna medida redistributiva estaría asumiendo que hay una sociedad equitativa y que por tanto no hay necesidad de remediar inequidades, lo cual sería un engaño. Así las cosas, un argumento político en defensa de la acción afirmativa sería el siguiente: hay un precio que hay que pagar por el logro de una sociedad igualitaria independientemente si hubo responsabilidades individuales o no. Toda la sociedad es responsable y de allí la importancia de no seguir perpetuando inequidades que le van a pasar a generaciones futuras. Apoyar la acción afirmativa es una posición política que reconocería la necesidad de una redistribución de los recursos actuales con el fin de ir saldando una deuda histórica<sup>22</sup>. Por ende no hay necesidad de encontrar responsabilidades individuales.

Bajo esta última perspectiva se diría que la Constitución en el artículo 13 no prohíbe hacer diferenciaciones de raza cuando se trata de hacer una protección a un sujeto especial tal como lo dijo la Corte. Es más, es constitucional hacer ese trato diferenciador para ir logrando una igualdad progresiva porque el mismo artículo exige una intervención activa por parte del Estado. Lo que sí podría ser preocupante en el establecimiento de acciones afirmativas es que cuando llegue a un control constitucional por parte de la Corte una medida de esta naturaleza —por ejemplo la aceptación de un porcentaje de afrodescendientes en un lugar público—, la misma sea sometida a un test estricto de razonabilidad de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte. De conformidad con los precedentes vigentes para estos casos, la Corte debe aplicar un juicio fuerte de razonabilidad al momento de evaluar la constitucionalidad de medidas que den un trato diferenciado a grupos de población solamente por razones de raza por ser éste un criterio sospechoso<sup>23</sup>. En el test estricto la presunción de constitucionalidad que opera, por ejemplo, sobre la hipotética ley de la que hemos venido hablando es más débil y por eso las competencias del juez se amplían y los criterios para juzgar la misma se vuelven más estrictos. Es decir que sobre una medida de acción afirmativa pesa un juicio muy fuerte de constitucionalidad como ha quedado establecido por la Corte. Lo paradójico del asunto es que una medida que se utiliza para remediar una inequidad racial que se

---

21 Ibidem, pág. 317 y sigs.

22 Una posición contraria sería la del análisis económico del derecho que no mide las acciones que se toman por una redistribución sino que señalan que las mismas deben ser eficientes. Para una perspectiva introductoria al análisis económico del derecho, véase: COOTER, ROBERT; ULLEN, THOMAS, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

23 Al respecto véase la sentencia C. Const, C-673/2001, M. CEPEDA.

ha mantenido en la historia sea a su vez juzgada como sospechosamente inconstitucional y tenga que pasar un juicio estricto si nos acogiéramos a lo señalado en la sentencia C-673 de 2001. ¿Podría la Corte Constitucional en aquellos casos en los cuales una medida de acción afirmativa esté basada en, por ejemplo, raza o sexo no aplicar el juicio estricto por ser grupos tradicionalmente discriminados?

La Corte Constitucional enfrentó este problema en la sentencia C-371 de 2000 cuando revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que fijaba una cuota de representación para las mujeres para que participaran en los niveles decisorios en diversos órganos y ramas del poder público. Allí se señaló que cuando se establecía una acción afirmativa a favor de grupos discriminados, ello no podría ser catalogado como criterio sospechoso. En palabras de la Corte:

“No toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. [...] Lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se le otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer o por ser negro”.

La Corte plantea el problema de una manera bastante oscura. La oscuridad radica en que el ejemplo no es convincente para resolver el problema de cómo hacer para que las acciones afirmativas no sean juzgadas con tests estrictos por considerar que al utilizar raza o género, pueden traer consigo criterios sospechosos. El ejemplo de la Corte es oscuro porque lleva a pensar que si establezco como requisito para un empleo que las aspirantes sean blancas, querría decir que estoy utilizando como criterio la raza; ello es sospechoso de conformidad con la Constitución. Al contrario, si señalo que para el acceso al trabajo tendré que admitir un 50% de personas de raza negra, el criterio no es sospechoso. En los dos casos estoy utilizando el criterio de raza y de allí que sea oscuro señalar que el criterio en un lugar es distinto al otro. El ejemplo muestra lo problemática que es la generalización de los criterios sospechosos si uno de nuestros objetivos políticos es:

“tener siquiera la oportunidad de curar a nuestra sociedad de la enfermedad del racismo”<sup>24</sup>.

Si la Corte quiere tomarse en serio los derechos de estas minorías tiene un camino complejo al tener que luchar contra la sistematización que se ha intentado

---

24 ELY (1997), *op. cit.*, pág. 204.

hacer de ciertos métodos que han formalizado la interpretación como lo son los tests de razonabilidad. El problema de ello es que ir en contra de sus propias sistematizaciones puede tener un alto costo político<sup>25</sup>. Sin embargo, creo que es más claro afirmar lo siguiente: la Corte está diciendo que en aquellos casos en los cuales los criterios de raza o sexo funcionen para favorecer a una minoría, entonces los mismos no serán sospechosos. Si estos operan para favorecer a una mayoría que ha sido el agente histórico de la discriminación —perpetrador— entonces sí serán sospechosos. En últimas, el criterio de raza a veces es sospechoso y a veces no; para determinar cuándo lo es, resulta imposible elaborar una regla general y será necesario establecer una evaluación en el caso por caso y establecer cuándo el mismo establece una diferenciación para solucionar una discriminación histórica real. En este sentido, la posición de la Corte tendría que reconocer que si una ley emanada del Congreso opta por establecer una acción afirmativa a favor de minorías raciales como los negros, su examen constitucional podría ser más débil porque se trataría de un caso donde una mayoría no-negra representada en el Congreso acepta discriminarse voluntariamente<sup>26</sup>.

En cualquier caso, esto último nos muestra que la Corte, en futuros pronunciamientos, tendría que trabajar principalmente en la determinación de las razones por las cuales un grupo es considerado como discriminado y por qué se entiende como una minoría. Si ese es el camino emancipatorio escogido por la Corte, entonces el contenido de la sentencia T-1090 de 2005 suscita una duda. Uno de los argumentos que resulta importante en estos casos es el hecho de que las sociedades en algún punto tienen que pagar las deudas históricas que tienen con una raza, etnia, género, etc. En el momento en el que se toma la decisión política de iniciar ese pago de la deuda la oposición de la que hablamos antes puede surgir. Más aún si las decisiones de la Corte Constitucional consideran de una manera significativa que, al ocasionarse un perjuicio moral a las personas que son discriminadas, quien causa ese daño deberá indemnizarlo. Eso ocurrió en la sentencia T-1090 de 2005 al condenar en abstracto a los dueños de las discotecas a pagar el perjuicio moral a las personas de raza negra a quienes se les impidió el acceso a la discoteca<sup>27</sup>. En un punto de dicha sentencia, la Corte Constitucional trae dos

---

25 Véase al respecto mi artículo basado en las reflexiones de DUNCAN KENNEDY que giran en torno a la decisión judicial: GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, en *revista Vniversitas*, n° 110, Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

26 ELY (1997), *op. cit.*, pág. 206. Es necesario tener en cuenta que este argumento opera bajo la ficción democrática de que la mayoría está representada en el Congreso.

27 Es relevante señalar en este punto que la sentencia T-131 de 2006, a pesar de basarse en una situación igual (las discotecas tuteladas son las mismas) no condenara en abstracto a reparar el perjuicio moral. En todo caso creo que es importante preguntarse cuál es el papel de las condenas en dinero en casos de discriminación racial. ¿Qué tanto se gana y qué tanto se pierde?

estadísticas: en la del censo de 1993 se señala que los afrocolombianos son cerca del 26% de la población; inmediatamente después, hay una estadística de un estudio de la CEPAL en la que se dice que el 71% de la población es mestiza y el 5% afrodescendiente. Sin mayor reparo en esta discordancia de cifras la Corte continúa su argumentación y creo que este punto es problemático. Me imagino a alguien mirando la segunda estadística diciendo: “al fin y al cabo todos en Colombia somos una mezcla de razas y una acción afirmativa hipotética en pro de minorías raciales no se justifica. Son apenas el 5%”.

De allí que crea que en las narrativas de las sentencias hay que luchar más contra la invisibilización del discurso racial. Algunas pautas para ello daré en la próxima sección.

## **2. HISTORIA CONTRA LA INVISIBILIZACIÓN DEL DISCURSO RACIAL**

Cuando la sentencia T-1090 de 2005 aborda el punto sobre la no discriminación o la imposibilidad de acceso de personas de raza negra a ciertos lugares llama la atención que en su reflexión no se citan pronunciamientos analógicos que permitan concluir la existencia de un precedente jurisprudencial en este sentido. Es decir, no se citan precedentes sobre casos analógicos en los que la Corte se haya pronunciado sobre la decisión de alguien de excluir a una persona del acceso a un derecho por razones de su raza. Los precedentes citados sirven para determinar que la tutela es un medio idóneo para remediar actos de discriminación pero los mismos no remiten a pronunciamientos analógicos en sentido estricto<sup>28</sup>.

De lo anterior podría decirse que quedaría probado que en Colombia la discriminación no se da por motivos de raza, razón por la cual la Corte Constitucional colombiana no se ha tenido que enfrentar con situaciones concretas sobre discriminación en este sentido. De ello daría fe una encuesta realizada a cerca de 100 estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá en donde el 89% de los mismos señaló que en Colombia la discriminación racial no es tan importante como la que tiene que ver con clase social. Ello justificaría que la Corte Constitucional se haya preocupado mayoritariamente, por ejemplo, por asuntos que tienen que ver con el mínimo vital

---

28 Los fallos citados en este punto son: C-530 de 1993, C-371 de 2000 y T-098 de 1994. La más similar es esta última pero no es una sentencia de discriminación racial sino de otro tipo de discriminación y se refiere a acreencias laborales. Las otras dos no se refieren a situaciones fácticas analógicas en la medida en que son procesos de constitucionalidad.

de las personas y no por aspectos raciales. Ahora bien, si aceptamos las cifras sobre pobreza en Colombia encontramos algo que es más que una coincidencia: las personas de raza negra son un grupo especialmente vulnerable en la medida en que el 80% tiene necesidades básicas insatisfechas<sup>29</sup>. Es decir que hay una correspondencia entre minorías raciales negras y las personas que tienen un acceso limitado a recursos, lo cual lleva a pensar que, es probable que el *criterio raza ya haya operado como criterio inicial en la repartición de recursos*. Dicho criterio es tan lejano para algunos de nosotros que lo diluimos bajo el concepto de clase. En este punto es donde creo que está la trampa; la discriminación racial puede llegar a ser tan efectiva que es difícil verla.

De allí que me parezca importante señalar que del 89% que afirmaron que en Colombia no es importante la discriminación racial en nuestra sociedad, también aseveraron que son clientes frecuentes de discotecas donde se reservan el derecho de admisión en Bogotá (asisten entre cuatro y seis veces al mes) y que solamente un 19% de ellos ve frecuentemente en estos lugares personas de raza negra. Por su parte, el 32% de ellos afirmó jamás haber visto a una persona de raza negra en los lugares que frecuentan en Bogotá y el 49% afirma que, de haberlos visto, ha sido en muy contadas oportunidades. Podría decirse que para el 81% de las personas que afirman que la discriminación racial no es tan importante en Colombia como la de clase, es absolutamente excepcional encontrarse con una persona de raza negra en los sitios a los que asisten los viernes y sábados por la noche. Es decir, el problema de raza no es tan importante porque para un grupo de personas hay más conciencia de clase que de raza; la raza simplemente no está presente para algunos habitantes de una ciudad como Bogotá que cuenta con más de un millón de personas de raza negra que sí se sienten discriminadas:

“La discriminación se siente. Según JUAN DE DIOS MOSQUERA, director de la Fundación Cimarrón, en Bogotá nadie reconoce que hay racismo, pero todos los días su oficina recibe denuncias de ciudadanos que son rechazados en los empleos o que son maltratados en sus sitios de trabajo. Su organización, una de las más antiguas en la defensa de los derechos de la comunidad afro, hizo sacar del aire el comercial “del negro Calimeno”, que promocionaba una salsa de tomate, por considerar que promovía la discriminación y ridiculizaba el acento de los caucanos”<sup>30</sup>.

Así las cosas, una de las formas de discriminación en la que muchos de nosotros con nuestra perspectiva de los perpetradores podemos incurrir es la invisibilización.

---

29 Véase *supra* nota 14.

30 CASTRILLÓN, GLORIA, “Vida negra en Bogotá”, en [http://www.cromos.com.co/historico/2005-07-22/contenido\\_MI-1713.htm](http://www.cromos.com.co/historico/2005-07-22/contenido_MI-1713.htm) (recuperado el 10 de abril de 2006).

El problema no es raza porque en nuestras vidas cotidianas no tenemos que lidiar con ella. En un estudio sobre la historia de la protesta social en Colombia entre 1958 y 1990 se muestra cómo hay actores invisibles en Colombia dentro de los cuales se cuentan los afrocolombianos que no tienen un proceso organizativo como el de los indígenas, por ejemplo<sup>31</sup>. Llama la atención que estos procesos reivindicativos han sido invisibilizados y de allí que el esfuerzo mayúsculo en el que hay que contribuir es en el de la generación de una narrativa que haga evidente los procesos de invisibilización que se dan a través del derecho.

Las sentencias de la Corte Constitucional son lugares donde se construyen ciertas historias o narraciones de ciertos sujetos. La Corte construye las realidades para sus sentencias y cuando las leemos vamos adoptando o rechazando los sujetos y situaciones que crea. Es decir que la Corte contribuye en este sentido a la construcción de los hechos sociales que percibimos como realidad<sup>32</sup>. Si la intención política de la Corte fuera la visibilización de los negros, creo que hay que empujar más hacia una narrativa que integre ciertas metodologías de investigación histórica.

En ese contexto el punto hacia donde la Corte podría empujar en las narrativas que construye sobre lo negro y la discriminación racial es en el proceso de hacerlas visibles a través de estudios históricos que han resaltado la forma como ciertas estrategias narrativas ocultaron un problema. En este sentido, para la Corte Constitucional, es útil la “historia desde abajo”. En ella se trata de abandonar las historias oficiales narradas, por ejemplo, desde el Estado nacional y abordar desde perspectivas más micro la forma como se construyen los sujetos. Así, la historia no es simplemente un ejercicio apologético de las grandes instituciones estatales, sino que se trata de:

“abrir nuevas áreas de investigación y, sobre todo, explorar las experiencias históricas de las personas cuya existencia tan a menudo se ignora, se da por supuesto o se menciona de pasada en la corriente principal de la historia”<sup>33</sup>.

Así, la historiografía que trata de dar cuenta de grupos que tradicionalmente son vistos como marginales puede servir para propósitos que vuelvan más visibles

---

31 ARCHILA NEIRA, MAURICIO, *Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia 1958-1990*, ICANH, Bogotá, 2005, pág. 213.

32 RESTREPO YEPES, OLGA CECILIA; ESPINOSA PÉREZ, BEATRIZ (eds.), *Historia, narración y derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana y Facultad de Derecho-Universidad de Medellín, Bogotá, 2005, págs. 7-11. Igualmente, véase: ESPINOSA PÉREZ, BEATRIZ, “Interpretación y narración jurisprudencial” en ZULUAGA GIL, RICARDO (ed.), *Interpretar y argumentar*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2004.

33 SHARPE, JIM, “Historia desde abajo”, en BURKE, PETER (ed.), *Formas de hacer historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, pág. 41.

discursos que han influido en la configuración de estados como Colombia. En el caso de raza que nos ocupa, una interpretación reciente del fenómeno de la violencia en Antioquia (Colombia) entre 1946 y 1953 es explicada desde una perspectiva novedosa: la violencia se dio en aquellos municipios en los cuales había mayores contactos entre diferentes razas que en otros que se veían a sí mismos como homogéneos en esta materia. Así, en Antioquia las zonas cafeteras tienen menos índices de muertes violentas entre 1946 y 1953 que zonas como el Urabá donde la población no se percibía racialmente homogénea<sup>34</sup>. Éste, creo, es un ejemplo de historia desde abajo donde se saca a la luz un factor que probablemente era visto como algo marginal en la medida en que, desde los tiempos de la fundación de la República, Colombia fue vista como una nación esencialmente mestiza.

“El mestizaje, más que ser un proceso particularmente rápido y completo a finales del siglo XVIII, fue buscado por nuestra élite criolla como el centro de un proyecto de construcción nacional y pese a su indudable importancia en función de su participación porcentual en la población total, las élites criollas de principios del XIX percibían aún el mestizaje como un proceso precario, que no alcanzaba, ni mucho menos, a menguar la otra percepción que se tenía de las razas negra e indígena como amenazas y obstáculos reales al proceso de construcción de una nación fundamentado en los valores y nociones de privilegio de la cultura occidental. [...] *El mestizaje, más que una realidad acabada, fue un proyecto central del siglo XIX, asociado al tipo de nación que la élite criolla quería construir*”<sup>35</sup>.

Desde esta perspectiva, el mito de una nación mestiza no es más que una construcción de la élite criolla en sus inicios con el fin de crear en el imaginario de las personas un tipo de nación. El mestizaje como un *imaginario* en la cabeza de las personas se construye como una forma efectiva de neutralizar las diferencias raciales en una nación que parece percibirse a sí misma como homogénea, pero en la cual la raza sí determina el acceso a los recursos. La élite criolla, esa misma que lidera el movimiento de independencia durante los primeros años del siglo XIX, necesita justificar ideológicamente el surgimiento de un Estado nacional independiente de los colonizadores españoles. Para eso, el discurso de un origen racial distinto de los habitantes del territorio colombiano está presente desde los primeros años del proceso de emancipación cuando se resalta lo indígena<sup>36</sup> y va a estarlo también en la comprensión del mestizaje más adelante.

34 ROLDÁN, MARY, *A sangre y fuego. La violencia en Antioquia Colombia 1946-195*, ICANH, Bogotá, 2003.

35 MÚNERA, ALFONSO, *Fronteras imaginadas. La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX colombiano*, Planeta, Bogotá, 2005, pág. 135 (bastardilla fuera de texto).

36 Al respecto véase: KÖNIG, HANS, *En el camino hacia la nación: nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la nación de la Nueva Granada, 1750-1856*, Banco de la República, Bogotá, 1994.

Sin embargo, las élites criollas eran conscientes de que el mestizo que ellos tenían en la cabeza era uno donde el elemento europeo predominaba y de allí que, por ejemplo, el discurso abolicionista —de la esclavitud— a principios del siglo XIX en Cartagena, tenga una connotación política que no se ha visto. Los criollos se encontraban temerosos que si se continuaban trayendo esclavos de África, los negros hicieran rebeliones en Cartagena y derrocaran del poder a los criollos acabando con un sistema económico que les favorecía a estos últimos, tal como había ocurrido en Haití y de lo cual estaban amenazados debido a una abortada rebelión en la misma ciudad de Cartagena en 1799<sup>37</sup>. Era necesaria la imagen de una sociedad mestiza porque ello era más conservador con el régimen. Pero el mestizaje no es un discurso donde esté ausente el elemento racial sino que opera con el fin de borrarlo.

Esta reconstrucción de la utilidad del mestizaje tiene dos funciones en el presente texto: la primera es explicar una razón por la cual, en principio, un grupo probablemente heredero de los criollos blancos —es decir, los herederos de los perpetradores— no puede (¡podemos!) ver el problema racial en Colombia. En segundo lugar, muestra que los datos que la Corte Constitucional no logra conciliar en su sentencia T-1090 de 2005 sobre la población negra y mestiza puede tener detrás la construcción de un imaginario. De allí que basarse en las cifras para la construcción de una narrativa de raza como minoría no puede ser el único camino a tomar. La Corte debe tener en cuenta que las cifras cumplen fines políticos y que más importante que ellas son las categorías que se crean para clasificar la población. ¿Quién es el mestizo que conforma el 71% de la población colombiana según la CEPAL? Las reflexiones planteadas pueden servir a la construcción de la Corte para visibilizar al negro y no caer en la trampa del mestizaje.

### **3. A MANERA DE CONCLUSIÓN**

Dos sentencias recientes de la Corte Constitucional nos han mostrado que la discriminación por razones de raza ocurre en Colombia. En la primera parte de este artículo traté de criticar los fallos en la medida en que en algunos aspectos parecen ser protectores pero pueden llegar a presentar dificultades. En este sentido, exigir que la discriminación racial sea probada por la intención de quien discrimina puede llegar a ser problemático. Por otro lado, en la primera sección se puede ver una

---

37 MÚNERA (2005), *op. cit.*, págs. 143-145.

tensión que existe entre emancipar a los negros a través de la acción afirmativa, las objeciones a cualquier tipo de discriminaciones raciales que se hagan en nuestra sociedad y la sistematización de los métodos de interpretación de la Corte Constitucional. Tratar los criterios de raza como sospechosos —desprendidos de los casos particulares— puede llegar a que medidas que intentan remediar una discriminación histórica terminen con una débil presunción de constitucionalidad. Así, los casos particulares siempre terminan retando sistematizaciones o generalizaciones que se hacen en el derecho bajo el pretexto de la seguridad jurídica. Las generalizaciones además sacrifican pagos de deudas históricas que tenemos en la sociedad con grupos discriminados. La formalización del derecho muchas veces dificulta estos procesos.

Por otro lado, si la deuda es histórica y queremos justificar el pago ya, debemos iniciar por la construcción de una narrativa que haga visible el problema racial en Colombia. A ello me dediqué en la segunda parte del escrito tratando de hacer una “historia desde abajo” que pudiera contribuir a visibilizar lo negro en nuestra sociedad y ver que hay problemas de raza. Allí sostuve que el mestizaje como característica de nuestra sociedad ha sido una estrategia política con el fin de limitar el acceso de los recursos a un grupo de población. Existen muchos otros lugares desde donde esta reflexión se puede hacer —mujeres, homosexuales, transexuales, niños, víctimas de la violencia, etc.—; este artículo contribuye en el sentido de preguntarnos la razón por la cual, como lo dije en la introducción, el negro sólo está en el parlante de la discoteca. No nos hemos tomado en serio que ese pedacito de su historia es también parte de nuestra historia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARCHILA NEIRA, MAURICIO, *Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia 1958-1990*, ICANH, Bogotá, 2005.
- CASTRILLÓN, GLORIA, “Vida negra en Bogotá” en [http://www.cromos.com.co/historico/2005-07-22/contenido\\_MI-1713.htm](http://www.cromos.com.co/historico/2005-07-22/contenido_MI-1713.htm) (recuperado el 22 de abril de 2006).
- COOTER, ROBERT & ULLEN, THOMAS, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, *Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
- FREEMAN, ALAN, “Antidiscrimination Law from 1954 to 1989: uncertainty, contradiction, rationalization, denial” en KAIRYS, DAVID (ed.), *The politics of law: a progressive critique*, Basic Books, New York, 1998.

- GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, en *Revista Vniversitas*, n° 110, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.
- KÖNIG, HANS, *En el camino hacia la nación: nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la nación de la Nueva Granada, 1750-1856*, Banco de la República, Bogotá, 1994.
- LAWRENCE III, CHARLES R., “Race and affirmative action: a critical race perspective” en KAIRYS, DAVID (ed.), *The politics of law: a progressive critique*, Basic Books, New York, 1998.
- MÚNERA, ALFONSO, *Fronteras imaginadas. La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX colombiano*, Planeta, Bogotá, 2005.
- RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.
- RESTREPO YEPES, OLGA CECILIA; ESPINOSA PÉREZ, BEATRIZ (eds.), *Historia, narración y derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana y Facultad de Derecho Universidad de Medellín, Bogotá, 2005.
- ROLDÁN, MARY, *A sangre y fuego. La violencia en Antioquia Colombia 1946-1953*, ICANH, Bogotá, 2003.
- SHARPE, JIM, “Historia desde abajo”, en BURKE, PETER (ed.), *Formas de hacer historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- UPRIMNY, RODRIGO, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en VALENCIA VILLA, ALEJANDRO (ed.) *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.

## **Sentencias de la Corte Constitucional colombiana**

Corte Const, C-371/2000, C. GAVIRIA.

Corte Const, C-673/2001, M. CEPEDA

Corte Const, T-1090/2005, C. VARGAS.

Corte Const, T-121/2006, A. BELTRÁN.

