



COLECCIÓN DE ESTUDIOS  
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

# Estudios en investigación jurídica y sociojurídica

---

César Augusto Molina-Saldarriaga y  
Verónica Cadavid-González  
(compiladores)

Grupo de Investigaciones en Derecho -GRID  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



320.07  
M722

Molina Saldarriaga, César Augusto, compilador  
Estudios en investigación jurídica y sociojurídica / Diana Sofía  
Zuluaga-Vivas y otros 6 –. Medellín: UPB, 2019.  
136 p., 17 x 24 cm.  
ISBN: 978-958-764-683-2 / 978-958-764-684-9 (versión web)

1. Investigaciones jurídicas – 2. Universidad Pontificia Bolivariana  
– Investigaciones -- I. Cadavid González, Verónica, compilador –  
II. Título

CO-MdUPB / spa / rda  
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

## ■ Tabla de contenido

**Prólogo** .....7

**Capítulo 1.** La Corte Constitucional  
y su manejo discursivo del poder constituyente:  
anotaciones sobre la teoría de la sustitución  
de la Constitución ..... 11  
*Diana Sofía Zuluaga-Vivas*

**Capítulo 2.** La necesidad de la intervención  
estatal en la formación jurídica.  
Una mirada histórica a los estudios jurídicos  
en la época republicana ..... 43  
*Cathalina Sánchez-Escobar*

**Capítulo 3.** La cara oculta del derecho  
a la especial protección en Colombia..... 67  
*Holmedo Peláez-Grisales*

**Capítulo 4.** ¿Trabajo o función natural?  
Diferencias de género en el cuidado  
de niños y niñas ..... 95  
*Lina Marcela Estrada-Jaramillo, Johanna Jazmín  
Zapata-Posada y Margarita Rosa Moreno-Roldán*

© Diana Sofía Zuluaga-Vivas  
© Cathalina Sánchez-Escobar  
© Holmedo Peláez-Grisales  
© Lina Marcela Estrada-Jaramillo  
© Johanna Jazmín Zapata-Posada  
© Margarita Rosa Moreno-Roldán  
© Carlos Andrés Gómez-García  
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana  
Vigilada Mineducación

### **Estudios en investigación jurídica y sociojurídica**

ISBN: 978-958-764-683-2  
ISBN: 978-958-764-684-9 (versión web)  
Primera edición, 2019  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas  
Grupo: Investigaciones en Derecho  
Proyecto: Enseñanza y Aprendizaje Clínico del Derecho en la UPB. Radicado: 46C-03/18-37

**Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín:** Mons. Ricardo Tobón Restrepo  
**Rector General:** Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda  
**Vicerrector Académico:** Álvaro Gómez Fernández  
**Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas:** Luis Fernando Álvarez Jaramillo  
**Editor:** Juan Carlos Rodas Montoya  
**Coordinación de Producción:** Ana Milena Gómez Correa  
**Diseño y Diagramación:** Geovany Snehider Serna Velásquez  
**Corrección de Estilo:** Santiago Gallego Franco  
**Imagen de portada:** Freepik

### **Dirección Editorial:**

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2019  
e-mail: [editorial@upb.edu.co](mailto:editorial@upb.edu.co)  
[www.upb.edu.co](http://www.upb.edu.co)  
Telefax: (57)(4) 354 4565  
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

**Radicado:** 1819-05-03-19

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

## ■ Capítulo 3.

# La cara oculta del derecho a la especial protección en Colombia\*

*Holmedo Peláez-Grisales\*\**

## Introducción

El derecho constitucional colombiano promueve una especie de “derechos especiales” “a favor” de ciertos sujetos y grupos que se encuentran discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta y, por lo tanto, en una situación de desventaja con el resto

---

\* Producto de investigación de la tesis doctoral *Estudio de caso sobre el “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del Río de Medellín*, adelantado en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, y cofinanciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Está registrado como producto en el proyecto “Enseñanza y aprendizaje clínico del derecho en la Universidad Pontificia Bolivariana”, radicado con el número 046C-03/18-37.

\*\* Doctor en Derecho, magíster en Derecho Privado, especialista en Derecho Administrativo y especialista en Derecho Privado. Docente de la Facultad de Derecho e investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: holmedo.pelaez@upb.edu.co.

de la población conforme con el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. En este orden de ideas, introduce una “fórmula jurídica especial” que aparentemente busca remediar las injusticias y los tratos indebidos que soportan estos individuos en el trayecto de su socialización según sus desigualdades con el resto de la población. A partir de allí, establece un derecho excepcional y particular para unos sujetos que se suponen “excepciones”, a quienes les promete una igualdad real con solidaridad como producto del nuevo modelo constitucional de Estado social y democrático de derecho.

Bajo este postulado, la Corte Constitucional colombiana ha asumido la competencia subsidiaria de establecer progresivamente ese derecho excepcional en vía de tutela a través de su reiterada jurisprudencia, con lo cual, de manera formal, ha desarrollado un significado positivo de la especial protección, basado en la siguiente premisa:

[...] El principio [de Estado Social de Derecho, establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia] se proyecta de forma inmediata en los incisos 2 y 3 del artículo 13 superior, los cuales ordenan la superación de las desigualdades materiales existentes, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, y la salvaguarda reforzada de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Sentencia T-1093, 2012: 51; Sentencia T-043, 2014: 8-9).

De este modo, ese sentido positivo del derecho a la especial protección se ha introducido de manera progresiva en el discurso dominante del derecho colombiano y en la práctica social como la “fórmula jurídica apropiada” para rogar la tutela de unos supuestos derechos especiales condicionados al reconocimiento previo de un individuo en una determinada identidad de grupo de especial protección.

En respuesta a ese discurso imperante, este estudio tiene como objetivo fundamental cuestionar ese sentido positivo de esta categoría del derecho colombiano y su modelo de reconocimiento y, a partir de allí, argumentar la tesis de que su significado es problemático por cuanto esconde un sentido negativo bajo el ropaje de un discurso esperanzador y de promesas de justicia e igualdad que encubren una herramienta política discursiva repro-

ductora de la exclusión y la subordinación de unos sujetos y grupos sociales frente a otros, en la misma lógica del derecho moderno de la colonización en un período posmoderno y poscolonial actual.

El texto analiza, desde la teoría crítica, esta cuestión en tres momentos. En un primer momento, realiza un esbozo preliminar de los sujetos del derecho a la especial protección, contextualiza quiénes constituyen esta clase de individuos —que por sus especiales circunstancias son reconocidos como titulares de una “mayor protección”— y delimita la manera como el derecho los define y se relaciona con ellos. En un segundo momento, desde el campo teórico, confronta el sentido afirmativo y negativo del derecho a la especial protección, a partir de lo cual se descubren las dos caras de este derecho: se problematiza su significado positivo, incorporado incuestionablemente en distintos ordenamientos jurídicos del continente americano, y se revela su sentido negativo, mostrando su significado dual. Y en un tercer momento, el estudio se centra particularmente en el derecho colombiano y profundiza en la delimitación de los problemas y las tensiones que presenta el contenido y la naturaleza jurídica de este derecho para su operatividad favorable y eficaz en la corrección de las desventajas injustas de los sujetos y grupos que dice proteger de manera especial en el contexto colombiano.

Finalmente, plantea unas conclusiones en las que afirma la necesidad de desmitificar el sentido positivo de esta prerrogativa jurídica de la especial protección y verla en sus diferentes facetas, y se sugiere la urgencia de problematizarla para combatir su sentido negativo a partir de la reinención del Estado y de un constitucionalismo experimental que cambie el modelo de reconocimiento y el rumbo de las subjetividades desaventajadas en el contexto colombiano.

## Un esbozo preliminar sobre los sujetos del derecho a la especial protección en Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la especial protección aparece con la Constitución Política de 1991 en su artículo 13 superior, que reconoce la necesidad de proteger especialmente a los sujetos discrimi-

nados, marginados y débiles de la sociedad para garantizarles una igualdad material en el orden social. En el mismo sentido, se disponen otras normas constitucionales, pero de manera específica, sobre ciertos sujetos como los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres, las personas con alguna discapacidad y las personas de la tercera edad, entre otras. Sin embargo, ese reconocimiento tan solo estableció una lista no taxativa de estos sujetos y dejó abierta la posibilidad de ampliarlo a otros grupos por medio del legislador, quien está encargado de desarrollar este postulado.

Ahora bien, dibujar el mapa y hacer una identificación de los sujetos de especial protección en Colombia es una tarea compleja de fuentes que involucra no solo su revisión en la legislación, sino también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los decretos o reglamentos de la administración pública. De esta manera, al abordar la ley se encuentra que el discurso legal hace parte de una serie de mandatos formales y graduales mediante los cuales el legislador históricamente se ha pronunciado sobre ciertos sujetos a los que, por diversas razones, ha visto la necesidad de establecerles una regulación distinta a la del resto de la población. Sin embargo, desde el punto de vista del lenguaje, en ninguna parte de sus normas se ha referido a ellos como sujetos de especial protección. Este ha sido un trabajo del constituyente primario en la Constitución Política de Colombia de 1991 y de la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones judiciales.

A partir de este presupuesto, se han tomado en cuenta como sujetos de especial protección los identificados de este modo en la Constitución y en las decisiones de la Corte Constitucional y, desde ahí, se ha indagado retroactivamente en la ley, ya no desde la categoría de especial protección, sino directamente desde la denominación de cada sujeto según sus características. De esta forma, se encontró que la legislación colombiana, estadísticamente, cuenta con más de 1.800 leyes relacionadas y encuadra en esta categoría a los niños, las niñas y los adolescentes (178 leyes), las juventudes (91 leyes), el adulto mayor (21 leyes), la tercera edad (46 leyes), las mujeres (141 leyes), las madres cabeza de familia (29 leyes), las mujeres en estado de embarazo (50 leyes), los indígenas (12 leyes), los gitanos (7 leyes), las negritudes (15 leyes), los afrocolombianos (7 leyes), los campesinos (64 leyes), la comunidad LGTBI (no se encuentra por este término, por diversidad hay 108 leyes), los discapacitados (11 leyes), los disminuidos (42 leyes), la invalidez (137 leyes), los que padecen de una enfermedad grave o ruinosa (67 leyes),

los mendigos (14 leyes), los indigentes (23 leyes), los habitantes de calle (1 ley), los damnificados (49 leyes), los desplazados (51 leyes), los torturados, secuestrados o desaparecidos (116 leyes), los refugiados (31 leyes), los extranjeros (413 leyes) y los inmigrantes (20 leyes).

En cambio, en la jurisprudencia —como se expresó anteriormente— se encuadran dichos sujetos mediante la denominación genérica de “sujetos de especial protección” y, a partir de esta categoría, se ha logrado establecer retroactivamente un registro de más de 1.916 pronunciamientos de tutela, constitucionalidad y sentencias de unificación entre 1992 y 2017, en los cuales la Corte Constitucional ha desarrollado algún aspecto particular de estos, al establecerles una especie de protección reforzada.

A partir de esta doctrina constitucional, los sujetos de especial protección pueden definirse<sup>1</sup> como aquellos individuos que, por sus condiciones de pobreza, marginalidad, precariedad económica, circunstancias físicas o psicológicas, o su calidad de víctima de la violencia generalizada o de discriminación social, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, inferioridad e injusticia extrema, y requieren la máxima protección del Estado y la sociedad para la garantía y el refuerzo, principalmente, de sus derechos humanos y fundamentales, e incluso de sus derechos prestacionales o asistenciales de segunda y tercera generación constitucional.

Una lectura de estas fuentes permite afirmar que, en esta categoría, están los sujetos cuya población es estigmatizada socialmente con un estatus de inferioridad que los hace desaventajados y vulnerables a la segregación, la exclusión social, la violación de sus prerrogativas y la privación injusta de su igualdad, libertad y solidaridad y, en general, que les niega la posibilidad de gozar en idénticas condiciones de los mismos derechos.

Esta condición o estatus de sujetos de especial protección ha sido fruto de esa clasificación de la población entre sujetos aventajados y desaventajados, entre protegidos y especialmente protegidos; este último grupo se ha formado a partir de la identificación de diversas razones que oprimen a sus

<sup>1</sup> Al respecto, se puede destacar la Corte Constitucional colombiana con el magistrado ponente Alexei Egor Julio Estrada (Sentencia T-925, 2012).

miembros: de carácter natural (como la edad, el sexo, la raza, la etnia, las condiciones físicas o psicológicas) o de carácter social (como las condiciones económicas, el trabajo, el desempleo, la pobreza, el territorio, la pertenencia a un grupo social o político determinado, la diversidad, el orden público de una localidad, los hechos naturales irresistibles, la nacionalidad, la situación jurídica y las injusticias históricas).

En consecuencia, esta clasificación ha dado lugar a la creación de una identidad colectiva particular entre ellos, que resulta de la generación de subgrupos conformados a partir de una razón identitaria que los hace comunes o más afines en esa categoría genérica de la especial protección. Desde allí, se ha podido establecer una estructura de estos sujetos y grupos identificados como de especial protección en cinco categorías:

Entre ellos se encuentran: 1) En el grupo por sus circunstancias físicas, 1.1) en razón de la edad: los niños, [las] niñas y [los] adolescentes, [las] juventudes, [el] adulto mayor y [la] tercera edad; 1.2) en virtud de alguna limitación física: las personas con una discapacidad física o capacidades diferentes. 2) En el grupo por sus condiciones psicológicas: las personas con alguna limitación mental o capacidades diferentes. 3) En el grupo de las víctimas de violencia generalizada: los desplazados, torturados, secuestrados, desaparecidos, refugiados, exiliados, líderes políticos y miembros de partidos políticos, periodistas y habitantes en zonas con problemas de orden público; 4) en el grupo de los sujetos tradicionalmente discriminados, por el sexo: las mujeres, madres cabeza de familia, mujeres en estado de embarazo; por la etnia o raza: [los] indígenas, [los] gitanos, [las] negritudes, [los] afrocolombianos, [los] raizales, [los] palenqueros; por el lenguaje: las minorías lingüísticas; por orientación sexual: los LGTBIQ; por la nacionalidad: extranjeros, inmigrantes y migrantes colombianos; por el estado de salud: los que padecen una enfermedad grave, incurable o ruinosa y los incapacitados; por la orientación religiosa: las minorías religiosas; por la situación jurídica: las personas privadas de la libertad; por la calidad de trabajador: según el tipo de empleo y 5) en el grupo de los sujetos en condiciones de pobreza, inferioridad, subordinación, dependencia, marginalidad, territorio y precariedad económicas están los pobres, consumidores, trabajadores, desempleados, campesinos, habitantes de calle y los damnificados (Peláez-Grisales, 2015: 136).

Una lectura de este mapa permite visualizar la complejidad del derecho a la especial protección, empezando por la diversidad de los sujetos de dichos grupos, sus variadas circunstancias, la posibilidad de que un sujeto pertenezca a varios de estos grupos y, en consecuencia, la urgente necesidad de revisar, en su conjunto, críticamente, el modelo de reconocimiento de la especial protección adoptado por el Estado para la garantía de su igualdad material.

Este escenario es el punto de partida desde el cual se identifican los sujetos especiales en Colombia y constituye un esbozo del contexto general que introduce el tema del derecho a la especial protección.

## Una aproximación teórica sobre la doble mirada al derecho de la especial protección

Ese marco complejo del derecho a la especial protección plantea la necesidad de cuestionar la pertinencia de esta categoría en los distintos ordenamientos jurídicos como instrumento legal y justo para corregir el tratamiento indebido y las desventajas que sufren ciertos sujetos y grupos en las sociedades contemporáneas. El interrogante parte de la premisa de que la especial protección tiene un significado ambivalente<sup>2</sup>, no reconocido aún y no tratado en el campo del derecho. Es decir, este no tiene un significado unívoco y debe ser examinado en sus diferentes dimensiones desde su sentido positivo y negativo para exponer las distintas tensiones que alberga.

En un primer sentido, puede ser concebido como un dispositivo jurídico que permite: 1) revelar situaciones reales de injusticia, 2) conceder medidas prestacionales, tradicionalmente adeudadas por el Estado y la sociedad y 3) ser un instrumento por el cual se reconocen las diferencias y desigualdades existentes entre los sujetos del derecho y la pertenencia a ciertos grupos desaventajados de la sociedad con el fin de implementar acciones afirmati-

<sup>2</sup> Esta tesis es ampliada en el artículo “El significado ambivalente del reconocimiento del Derecho a la Especial Protección” (Peláez-Grisales, 2017).

vas para la igualación de sus derechos<sup>3</sup> y 4) avanzar en la solución justa de los conflictos sociales y en el desarrollo moral de la sociedad, como lo diría Honneth (1992) en su teoría del reconocimiento<sup>4</sup>.

En este sentido positivo se inscriben también el tratadista Roberto Gargarella y algunos profesores de la Universidad de Yale<sup>5</sup>, quienes apuestan por defender esta categoría jurídica que ellos denominan “grupos desaventajados” y, a partir de su reconocimiento en un orden establecido, vislumbran la tesis de la necesidad de reformar el derecho, vale decir:

[...] para poder hacer frente a una realidad antes inexistente o ignorada: una realidad que nos dice que dentro de nuestra sociedad existen grupos (esto es las mujeres; las minorías étnicas; los menores de edad), que no reciben el “debido trato que merecen”; en consecuencia, esta categoría en sentido positivo permite introducir los cambios jurídicos necesarios para asegurar un “trato justo”, también, a los sectores (hoy) más desaventajados dentro de la sociedad (Gargarella, 1999: 12).

Al respecto, también Axel Honneth y Nancy Fraser pueden ser ubicados en esta línea, pues estos apelan a defender el sentido positivo del reconocimiento del derecho a la especial protección en la medida que en sus distintas teorías proponen tutelar el reconocimiento de los sujetos y grupos desaventajados de la sociedad como forma de resolver las injusticias sociales. No obstante, ambos tratadistas sostienen diferentes perspectivas para argumentar ese sentido afirmativo de la especial protección.

<sup>3</sup> En este sentido, el ordenamiento constitucional colombiano promulga el significado positivo de la especial protección, lo cual puede ser contrastado con sus normas constitucionales, especialmente el artículo 13 superior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y desconoce el sentido negativo de la misma.

<sup>4</sup> El tratamiento de los sujetos y grupos de especial protección es un problema de reconocimiento fundado en una lucha moral por la inclusión de aquellos que han sido injustamente excluidos de las estructuras sociales y en la medida en que se dé una solución justa a este problema se puede avanzar hacia el desarrollo moral de la sociedad (Honneth, 1992: 8).

<sup>5</sup> Entre ellos, Akhil Reed Amar, Drew S. Days, Owen M. Fiss, Peter H. Schuck, Reva B. Siegel, Robert A. Burt y Vicki Schultz (Gargarella, 1999).

Honneth (1992) plantea que en la sociedad existe un conflicto social que no es más que la lucha por el reconocimiento, una lucha moral que no debe llevar a una “balcanización”, en tanto que es una lucha por la vida buena en la que se busca un reconocimiento recíproco, es decir, a partir de ese derecho a la especial protección lo que se busca es resolver ese problema social de reconocimiento que implica el reconocer al otro en su totalidad, individualidad y diferencia. En este sentido, plantea precisamente que estamos frente a esa lucha en la que se desconoce a ciertos sujetos y grupos sociales y que, en últimas, lo que se debe evitar es un modelo de reconocimiento que atente contra esa totalidad del individuo, puesto que esto impediría avanzar hacia el desarrollo moral de la sociedad. Por consiguiente, su propuesta apunta a que el reconocimiento de los sujetos y grupos de especial protección constituya una medida positiva para saldar esa lucha social.

Fraser, en cambio, va más allá de esta perspectiva unidimensional de concebir el conflicto social de los desaventajados a partir del mero reconocimiento de dichos sujetos y grupos, es decir, advierte la necesidad de acoger una perspectiva bidimensional, no solo basada en el reconocimiento de la diferencia de estos sujetos y grupos, en el que su integración a la mayoría o las normas culturales dominantes no sean el precio de un respeto igual, sino también en una redistribución justa de los recursos y la riqueza a favor de estos (Fraser y Honneth, 2003). Para Fraser, es en tal sentido que debe ser interpretado el significado positivo de la especial protección, en tanto que a través de ella se apele a resolver en estos sujetos las injusticias culturales de estatus y las injusticias de clase social.

Ahora bien, este grupo de estudiosos es consciente de las innumerables objeciones teóricas y prácticas a estas perspectivas positivas del derecho a la especial protección, entre las que se destacan aquellas que señala Roberto Gargarella:

[...] las políticas preferenciales violentan [...] el principio según el cual nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su propio control; el principio de la distribución de los costos y beneficios sociales conforme con los méritos de cada uno y, además, resulta difícil justificar por qué se pretende dar una ayuda especial a ciertos grupos (desfavorecidos) y no a otros (1999: 23-24).

A partir de allí, el sentido positivo de la especial protección empieza a difuminarse: de un lado, mediante argumentos e intereses de corte individualista que, en últimas, dejan claro que esta perspectiva no es ajena a cuestionamientos, especialmente de los sectores que tradicionalmente han ocupado una mejor posición en la sociedad o, como diría Gargarella, que han gozado de un “debido trato” y se oponen al cambio social por temor a perder o ver menguada esa posición privilegiada. De otro lado, paradójicamente, este significado positivo también parece perderse a la vista de algunos de los sujetos y grupos que apuesta por defender, pues hay quienes no están de acuerdo con recibir este tratamiento del Estado (de ser sujetos de especial protección y ser reconocidos como tales) por distintas razones, entre las cuales se pueden citar el temor al peligro de ser reestigmatizados con esta categoría; el hecho de universalizar o generalizar los intereses de los sujetos en unos grupos determinados, sacrificando y discriminando entre ellos unos a favor de otros y, en consecuencia, impidiendo la identificación de unos sujetos con las identidades colectivas establecidas o naturalizadas para los grupos; y por conducir al fraccionamiento de estos y sus luchas sociales, lo que produce aquello que Gargarella llama “balcanización” de la sociedad: una multitud de sujetos y grupos enfrentados entre sí (1999: 25).

En este orden de ideas se halla el segundo sentido de la especial protección, es decir, en su concepción negativa mediante la cual este objeto jurídico del derecho en mención puede ser entendido como una herramienta jurídica discursiva<sup>6</sup>: en primer lugar, cuando contribuye con el reconocimiento negativo y la clasificación de los sujetos y grupos sociales por estatus y clases, entre sujetos normales y sujetos especiales, o, lo que es lo mismo, entre sujetos con derechos plenos y sujetos con derechos incompletos, sin que se produzcan cambios favorables y significativos que tiendan a ampliar<sup>7</sup> de

<sup>6</sup> William Twining advierte que la regla de derecho se encuentra limitada por los cambios sociales en respuesta a las presiones políticas reales, pero al tiempo da la impresión de ser estable y fiel a los precedentes. Es decir, una regla de derecho como la de la especial protección puede ser bien establecida como una regla formal que pretende dar la idea de causar cambios a favor de los más desaventajados de la sociedad, pero que en la práctica nada cambia su realidad (2003: 83).

<sup>7</sup> Cuando se hace referencia a ampliar los derechos, se refiere a ensanchar aquellos que se encuentran restringidos o negados injustamente en relación con

manera justa los derechos de los denominados “sujetos y grupos de especial protección”, lo que los vuelve más susceptibles al menosprecio social por designarlos en esa categoría que los identifica como sujetos incapaces de ser titulares de derechos plenos.

En segundo lugar, cuando sirve como un instrumento jurídico mediante el cual se prometen unos mejores derechos, unos derechos especiales de mayor protección, inalcanzables, que venden la idea del reino prometido de los cielos, esto es, detrás de la noción de los sujetos y grupos de especial protección existe un fundamento ontológico de la teología medieval, como lo destaca Hans Lindahl (2007) al referenciar a Schmitt<sup>8</sup>, según el cual los sujetos más desaventajados en la tierra tienen el derecho a tener un lugar más privilegiado, con unos derechos especiales que parecen estar condicionados a su disfrute en el reino de los cielos y no aquí.

Así también Fraser, aunque defiende el sentido positivo del derecho a la especial protección como forma de reconocimiento de las subjetividades menospreciadas, no desconoce su sentido negativo cuando el reconocimiento supone la integración de los grupos a la mayoría o a sus normas culturales dominantes, pero además cuando ese derecho no implica la redistribución justa de los recursos y se queda en el mero reconocimiento (Fraser y Honneth, 2003).

Iris Marion Young (2003), por su parte, tampoco desconoce uno y otro sentido de la especial protección; por un lado, admite su sentido positivo cuando afirma que la justicia social requiere instituciones como estas, que promuevan la reproducción y el respeto de las diferencias de grupo sin opresión,

aquellos sujetos de la sociedad que reciben un “trato debido” y no a la pretensión de tener más y mejores derechos que otros.

<sup>8</sup> Hans Lindahl le da la razón a Schmitt cuando afirma que la relación moderna entre poder constituyente y poder constituido es impensable sin la teología medieval. En este pasaje, Lindahl (2007) sustenta que la idea de la autoconstitución de un sistema de gobierno se basa en una ontología de la identidad colectiva que en la democracia seculariza la trascendencia de Dios en la tierra, es decir, en la identidad del gobernante y los gobernados; las personas, en su relación con el ordenamiento jurídico, se hacen cargo de la posición de Dios y es en esa relación que la concepción de la especial protección parece volverse discursiva o al menos ideal.

esto es, siempre que combatan expresamente la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia sistemática, frente a lo cual una perspectiva unidimensional, económica o cultural, no es suficiente para solucionar el problema de igualdad de los sujetos y grupos desaventajados de la sociedad (p. 84). Pero, por otro lado, advierte, como Fraser, su sentido negativo cuando esa especial protección sirve como medio de reproducción del imperialismo cultural, a partir del cual “los rasgos dominantes de la sociedad vuelven invisible la perspectiva particular de los grupos diferentes y los estereotipan y los señalan como los otros” (p. 103).

De este modo, con estos dos polos opuestos del derecho a la especial protección no puede ser aceptada la idea de una concepción unívoca, estructurada, apolítica, coherente, benéfica y justa, en su sentido plenamente positivo y tampoco en su acepción plenamente negativa, como un medio discursivo utilizado para la exclusión, la dominación y la subordinación permanente de unos sujetos respecto a otros. Sin embargo, particularmente en contextos de desconocimiento generalizado de derechos, es necesario tener presentes ambos sentidos en juego.

Con ello se quiere decir que el significado de la regla de derecho<sup>9</sup> de la especial protección de los sujetos y grupos es una regla imperfecta y contradictoria, es decir, adolece de los límites de toda regla de derecho que inciden en el contenido de esta acepción; como lo sostiene William Twining, se enfrenta a una dicotomía entre teoría y práctica, donde el mayor límite se encuentra en el problema de la abstracción<sup>10</sup> (2003: 27).

<sup>9</sup> Entendida como una regla invocada del *rule of law*, adolece de los mismos vicios y las críticas que se le plantean a esta regla. El Estado de derecho es un régimen insuficiente de normas formales, sus reglas son incompletas, inconsistentes y ambiguas, y a esto no escapa el derecho a la especial protección (Rajagopal, 2008).

<sup>10</sup> El significado de la categoría jurídica de la especial protección está limitado por las circunstancias sociales, culturales y políticas de un contexto determinado, por las prácticas predominantes de una teoría jurídica y posiciones hegemónicas, así como por las prácticas de resistencia y por los contextos de producción y recepción de discursos teóricos transnacionales (Twining, 2003: 28-29). En este sentido, tiene razón Axel Honneth cuando señala que el reconocimiento recíproco de ese otro considerado de especial protección depende del desarrollo moral de cada sociedad. El significado positivo o negativo de esta figura se

Este problema hace que la regla de los sujetos y grupos de especial protección tenga un núcleo blando o flexible que impide pretender hallar un significado unívoco positivo o negativo sobre este derecho. Así, pues, resulta difícil decir con certeza qué es ser un sujeto y grupo de especial protección, quiénes entran en esta categoría, cuál es la justificación para ello, quiénes tienen la autoridad para hacer tal designación, qué prerrogativas o consecuencias se derivan de allí y qué coherencia existe entre el significado teórico y práctico.

En la misma línea de Twining, Balakrishnan Rajagopal ha puesto en tela de juicio la pretendida ilusión de una regla de derecho como una herramienta técnica, legal y apolítica o con un sentido plenamente determinado; en su lugar, advierte que dicha regla esconde muchas contradicciones entre las diferentes agendas políticas<sup>11</sup>. Esto se entiende como una objeción a la idea de un significado claro respecto a la regla de derecho de los sujetos y grupos de especial protección<sup>12</sup> (Rajagopal, 2008).

Ahora bien, pese a esa naturaleza contradictoria y al sentido ambivalente del significado de esta institución jurídica que no brinda seguridades como lo pretende vender el derecho moderno, vale la pena no caer tampoco en el extremo del sentido negativo de este derecho, pues no se deben desconocer los argumentos a favor del sentido positivo de la figura y los que se agregan con Gargarella:

entiende mejor como un concepto en pugna en lo local, pero permeado por un momento de globalización del derecho que lo complejiza.

<sup>11</sup> Rajagopal, con razón, señala que la regla de derecho está limitada por el contexto histórico y político, en el cual los distintos discursos jurídicos han tenido diferentes orígenes, significados, relaciones, intereses y transformaciones. En este sentido, el significado del objeto jurídico de la especial protección en Colombia debe ser concebido a partir del contenido complejo de distintos discursos y cambios en los que el ordenamiento jurídico estatal formal es solo uno de muchos órdenes jurídicos coexistentes (Rajagopal, 2008).

<sup>12</sup> Así también, Brian Tamanaha (2008) muestra que el significado de la regla de derecho está siempre permeado por los aspectos políticos y económicos del modelo liberal que se imponen, haciendo que las normas económicas se superpongan sobre otros valores para controlar el mundo, lo que hace que la concepción de la llamada “especial protección” no deje de estar determinada por este límite y que no pueda concebirse de manera ingenua en su sentido meramente positivo.

Primero, que la mayoría de constituciones modernas no parecen negar la posibilidad de establecer políticas especiales a favor de grupos desaventajados, segundo, que el objetivo que se pretende defender no es constitucionalmente impermisible, además parece ser un objetivo valioso y urgente desde el punto de vista constitucional: contribuir a que ningún [sujeto y] grupo resulte arbitrariamente desaventajado [o conserve su situación tradicional de desventaja], porque lo que es cierto es que existen infinidad de grupos hipotéticamente necesitados de un “apoyo social especial” que requieren una atención prioritaria (1999: 25-26).

Lo anterior quiere decir que esta categoría debe ser analizada en toda su complejidad como una herramienta política en permanente construcción y disputa, que debe ser interpretada en sus distintas dimensiones, facetas y bifurcaciones; muchas veces, de forma contradictoria, para descifrar el significado real de la especial protección en cada caso y medir sus implicaciones positivas y negativas. Esto es, su contenido y alcance debe mirarse en cada contexto desde lo local sin obviar la incidencia global, las variaciones y pugnas políticas que hay detrás de ella. De esta manera, la incertidumbre y las contradicciones en el significado y la admisibilidad de este objeto jurídico del derecho a la especial protección en un ordenamiento establecido están siempre presentes en su concepción analítica, en el uso que se les da por parte de los actores del derecho y en la aceptación o recepción que la sociedad y los sujetos “especiales” hacen de este.

Lo anterior conlleva afirmar que el problema de la significación de la especial protección se encuentra ineludiblemente atado a una cuestión de política de los derechos y a la relación divergente existente entre una pluralidad de órdenes normativos<sup>13</sup>, en medio de los cuales la concepción de esta categoría puede ser entendida, de hecho, en diferentes sentidos.

<sup>13</sup> El orden dominante del derecho estatal y los demás órdenes no estatales, como los que se producen en las prácticas sociales.

## La otra cara del derecho a la especial protección en Colombia

En Colombia, el “derecho a la especial protección”, como se mencionó al principio, fue consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política a favor de los sujetos y grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, y se adoptó como un remedio constitucional para corregir sus desigualdades materiales en el orden jurídico y social. Expresamente, el texto constitucional señala: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (Colombia, 1991, Constitución Política)<sup>14</sup>.

Este postulado esconde un problema de fondo: este derecho, más que operar como una prerrogativa real y cierta para promover una igualdad material, alimenta una apariencia o ficción jurídica que promete cambios para que nada cambie, es decir, constituye una estrategia de dominación que más que eliminar las desigualdades y reivindicar derechos, reproduce el orden establecido y la regla de la desigualdad y la injusticia<sup>15</sup>.

Esta situación se puede ver después de 23 años de haber aparecido este artículo en la Constitución, pese al cual se mantienen las estructuras de estatus y clase social. Esto se evidencia de manera más palmaria en la lucha permanente que tienen que dar los sujetos para reclamarle al Estado una especial protección que, más que modificar su estatus o clase social, proporciona paliativos mínimos e insuficientes que satisfacen prestaciones individuales de carácter secundario y de contenidos muy diversos. Esto puede verse en

<sup>14</sup> Este es un derecho especialísimo derivado del derecho a la igualdad, ubicado en el inciso 1.º y 2.º de ese artículo 13.

<sup>15</sup> Así se demuestra en “Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia” (Peláez-Grisales, 2015).

las más de 1.916 demandas de especial protección que entre 1992 y 2017 constituyen el conjunto de decisiones que ha tomado la Corte Constitucional colombiana<sup>16</sup> en la materia, entre las cuales se destacan 9 sentencias de unificación, 117 sentencias de constitucionalidad, 1.635 sentencias de tutela y 155 autos constitucionales. No obstante, esto es tan solo una muestra muy pequeña de las batallas que a nivel judicial y en instancias judiciales inferiores están dando los sujetos y grupos de especial protección para su supervivencia en condiciones mínimas de existencia.

Así, en el orden jurídico colombiano, a través de un nuevo ropaje llamado “especial protección”, se reafirma la situación histórica estructurada y estructurante de esta sociedad que caracteriza, clasifica y ubica a algunos sujetos en un campo social privilegiado y a otros en un lugar desaventajado, lo que perpetúa su conflicto social que se manifiesta en la reproducción de las desiguales históricas e injustamente establecidas<sup>17</sup>.

En la práctica, este “derecho” establecido para “adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados [...] y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” presenta diferentes dificultades que hacen de este un “derecho” problemático. De un lado, en principio ese derecho estipuló de manera muy genérica tres grandes campos en medio de los cuales debía entrar a operar esta prerrogativa y a la vez demarcó tres grandes titulares cuando se trata de sujetos y grupos: 1) discriminados, 2) marginados y 3) en circunstancias de debilidad manifiesta en razón a su condición económica, física o mental.

<sup>16</sup> Disponibles en: <http://www.lexbase.com>.

<sup>17</sup> En este sentido, con las particulares diferencias de los contextos entre el colombiano y el francés, parece acertada la tesis de Pierre Bourdieu (2011) cuando sostiene que existen unas estrategias y modos de reproducción del orden social que garantizan su *statu quo* y, en consecuencia, el orden de dominación de unos sujetos y grupos sobre otros. En el caso colombiano, el derecho a la especial protección debe ser cuestionado como una estrategia de dominación que, más que proteger, busca controlar a los sujetos y grupos desfavorecidos y garantizar la vigencia del orden social establecido.

Luego de esa enunciación tan general y abstracta, se dispone, en sentido contrario, el reconocimiento expreso de unos sujetos y grupos concretos en los siguientes artículos constitucionales: el 42 se refiere a los hijos nacidos fuera del matrimonio; el 43 a las mujeres, al que está por nacer, a la mujer en embarazo y a la mujer cabeza de familia; el 44 a los niños y niñas; el 45 a los adolescentes; el 46 a las personas de la tercera edad; el 47 a los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos; el 49 a las personas enfermas; el 50 a todo niño menor de un año; el 51 al trabajador, a la mujer en período de maternidad, al trabajador menor de edad y a los minusválidos; el 65 al productor de alimentos y el 73 al periodista. Ahora bien, en esta lista solo están aquellos sujetos o grupos frente a los cuales la Constitución dice particular y expresamente que se protegerían de manera especial. No obstante, faltan otros sujetos y grupos concretos que también merecerían una especial protección y, en consecuencia, aunque no contaron con una norma específica a su favor, quedaron aparentemente contenidos en la cláusula genérica del artículo 13. De ahí que, con vistas a una discriminación más precisa para tratar de manera concreta a estos sujetos y grupos de especial protección —de acuerdo con sus particulares circunstancias y con el reconocimiento expreso que sobre ellos ha hecho la Corte Constitucional colombiana—, se haya aportado la clasificación citada al inicio.

En este sentido, pese al reconocimiento especial de estos sujetos y grupos, esta disposición jurídica ha sido tachada de estar vacía de contenido o de tener un contenido mínimo que no va más allá de la manifestación expresa (del querer genérico del constituyente primario) de cerrar la brecha de la desigualdad de los débiles en el orden social<sup>18</sup> por medio de la fórmula de una supuesta protección a su favor.

En este punto se apuesta más por la segunda idea, es decir, por que el derecho a la especial protección sí tiene un contenido mínimo que no es más que el reconocimiento de ciertos sujetos y grupos genéricos y específicos que tienen un lugar en el orden social y a quienes se les habilita formalmente para la lucha por la igualación de sus derechos. Este derecho reco-

<sup>18</sup> Este núcleo esencial genérico del derecho a la especial protección es tomado de la revisión de las gacetas constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el cual está presente en el centro de la discusión de la mayoría de las actas que van desde la número 2 hasta la 137.

noce la injusticia de la existencia de ciertas identidades despreciadas y subordinadas en la sociedad. Valga decir, tiene un contenido identitario que revela que, en el orden social colombiano, hay una pluralidad y diversidad de sujetos y grupos que en razón de estas identidades son desvalorados y, por consiguiente, se propone un deber ser de corregir estas situaciones de injusticia social que impiden afirmar, de tajo, que este es un derecho vacío de contenido. Cosa contraria es el hecho de que este reconocimiento no comprenda prestaciones ni prerrogativas ciertas, expresas y exigibles, sino una mera enunciación constitucional de protección especial sometida en adelante al vaivén de las definiciones de orden legal y reglamentario y a la interpretación de los jueces y demás operadores jurídicos en el continuo de esa lógica del sistema de controlar la lucha por los derechos de estos sujetos.

En otros términos, este derecho surge en el orden jurídico, desde el inicio, sin obligaciones correlativas específicas, como una cláusula constitucional abierta en desarrollo y en constante construcción, muy prometedora en lo formal, pero muy limitada y subordinada al mismo tiempo a las tensiones de la práctica social y jurídica, que se mueve por el terreno de la contradicción<sup>19</sup>. Por un lado, en dirección hacia la más protectora de todas las normas y, por otro, hacia la más ilusoria y engañosa de ellas, o bien entre las meras expectativas y las realidades concretas.

Ahora, ese contenido mínimo de la especial protección, del cual se generan ciertas expectativas, no es más que un reconocimiento expreso de ciertas identidades de grupo diferenciadoras frente al grupo socialmente dominante, que les promete una mayor protección, pero es incierto sobre las reivindicaciones de estatus y clase<sup>20</sup> necesarias para avanzar en el ámbito de la igualación material entre los sujetos y grupos de la sociedad colombiana.

<sup>19</sup> Colombia no es ajena a esa contradicción en la que el derecho a la especial protección suele manifestarse en sus dos sentidos opuestos: en un sentido positivo y en un sentido negativo, tal y como se afirmó con Gargarella, Reed Amar, Days, Fiss, Schuck, Siegel, Burt y Schultz (Gargarella, 1999), Honneth (1992), Fraser (Fraser y Honneth, 2003) e Young (2000).

<sup>20</sup> No hay duda de que este es un presupuesto o un punto de partida del derecho a la especial protección. Esta perspectiva dual, que implica modificaciones culturales y económicas al mismo tiempo para cada uno de los sujetos y grupos de especial protección, es apoyada en las posturas teóricas de Fraser (2003),

De otro lado, esa especial protección tiene una naturaleza jurídica constitucional atípica, en tanto constituye un derecho complejo que no está consagrado en una sola norma, sino en diferentes partes del texto constitucional, conformado por normas de distinta naturaleza, tanto de carácter fundamental como de carácter económico, social y cultural, que lo hacen, al mismo tiempo, un derecho fundamental y un derecho económico, social y cultural<sup>21</sup> (a pesar de que la Corte Constitucional colombiana, a partir de la teoría de la conexidad, haga primar el carácter fundamental de estas normas).

Esto es, como bien lo afirman Cortés-Nieto *et al.* (2007), en su jurisprudencia la corporación sostiene que los derechos de especial protección establecidos en los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos fundamentales por estar en este catálogo de derechos, sino por derivarse del derecho fundamental a la igualdad —en el sentido de trato diferenciado—, con lo cual se adopta el criterio de la conexidad. Al respecto, pueden verse las sentencias C-740 de 1997, SU 062 de 1999 y T-585 de 2006, en las que se aplica este criterio (Cortés, 2007). En este sentido, la Corte, a partir de su Sentencia T-491 de 1992, mantiene la siguiente tesis:

La fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso. [...]. Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no sien-

Young (2000) y Bourdieu (2011). En Colombia, se observa más una perspectiva unidimensional donde, con este derecho, se postula el respeto de su diferencia; sin embargo, este es un reconocimiento imperfecto porque, por un lado, se reconoce la identidad colectiva de manera subordinada a los intereses de la colectividad en general, y, por otro, no garantiza reivindicaciones económicas reales, aunque en algunos casos excepcionalmente se reconozcan subsidios irrisorios para algunas circunstancias, lo que resulta sumamente insuficiente para cambiar las situaciones de desventaja de dichos sujetos y grupos.

<sup>21</sup> Este derecho, como antes se dejó ver, está compuesto por un derecho fundamental de base que es el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13, que pertenece al capítulo 1 de los derechos fundamentales y por los derechos económicos, sociales y culturales complementarios consagrados en el capítulo 2, en los artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 65, y en el 73 de la Constitución Política de Colombia, cada uno de ellos se refiere a alguno de los denominados sujetos y grupos de especial protección.

do denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos (Sentencia T-491, 1992: 4).

En virtud de esta estructura híbrida, el derecho a la especial protección entra a operar en el campo jurídico como un “derecho imperfecto” que, la mayoría de las veces, más que prerrogativas, obligaciones o deberes particulares de exigibilidad inmediata, provee meras directrices, políticas o aspiraciones que “orientan” el orden social, político y jurídico, lo que deja a la liberalidad del Estado y de la sociedad su reconocimiento y las reivindicaciones de derechos concretos que demanda cada sujeto o grupo de especial protección; es decir, en la práctica se superpone el carácter económico, social y cultural de la especial protección sobre su carácter de derecho fundamental.

De este modo, la estructura jurídica captura ese carácter fundamental del derecho a la especial protección y lo inserta entre los derechos económicos, sociales y culturales como estrategia del Estado de reproducción del orden establecido, a partir de la administración de este tipo de derechos que, en principio, tienen un mayor grado de abstracción, carácter programático y carecen de acciones judiciales para su exigibilidad, lo que conlleva que los sujetos y grupos de especial protección acepten de forma incondicionada las disposiciones que, por medio de las políticas públicas, dispongan las instituciones estatales en su nombre.

Ahora bien, excepcionalmente, en razón de la teoría de la conexidad con los derechos fundamentales, estas demandas adquieren el carácter de fundamentales y pueden ser protegidas mediante las acciones establecidas para estos derechos, como la acción de *habeas corpus* y la acción de tutela, pero de nuevo debe advertirse que estos sujetos y grupos se enfrentan a la opresión del orden dominante establecido, ya que por estos medios solo se permiten reivindicaciones muy restrictivas de sus derechos, dado que, de manera especial, se pone freno a las pretensiones económicas.

De esta forma, la acción de tutela opera en Colombia como el recurso “principal” para la defensa de los sujetos y grupos de especial protección y de los contenidos que se desprenden y reclaman en la jurisdicción constitucional,

y constituye el medio recurrente en la práctica para apelar a la especial protección conforme con el artículo 86 de la Constitución, los decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 1382 de 2000 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Sin embargo, cabe resaltar que la procedencia de estas acciones no es ajena a la discusión de la “fundamentalidad” o no de los contenidos constitucionales de la especial protección, así como a la discusión de si sus reivindicaciones de protección especial son derechos ciertos o medidas programáticas. En vista de esta incertidumbre del derecho a la especial protección y sus circunstancias objeto de protección en cada caso, no es posible afirmar con plena seguridad que la acción de tutela sea procedente para todos los casos de los sujetos y grupos de especial protección: tan solo es una vía incierta y sometida a prueba en la que se tienen que dar las batallas judiciales para luchar por el reconocimiento de los derechos que se desprenden de tal calidad.

En consecuencia, si bien el derecho de la especial protección fue objeto de consagración expresa en diferentes artículos constitucionales, este solo dispuso contenidos mínimos de reconocimiento de algunas subjetividades despreciadas, pero los contenidos gruesos de correcciones de injusticias siguen siendo objeto de luchas sociales. De allí que tenga razón Young cuando afirma que las sociedades capitalistas avanzadas de nuestros días han reconocido, en principio, las injusticias frente a los sujetos y grupos despreciados, “[...] proporcionando subsidios y servicios sociales. [pero] la continuidad de este estado de bienestar no está en absoluto asegurada, y en la mayor parte de las sociedades en las que existe un estado de bienestar [...] las redistribuciones de bienestar no eliminan el sufrimiento y las privaciones”. (2003: 95-96)

Es decir, para Young,

hoy en día la privación de iguales derechos de ciudadanía que padecen las personas dependientes está levemente escondida bajo la superficie. Dado que dependen de instituciones burocráticas que les faciliten apoyo o servicios [...], están sujetas a un tratamiento paternalista, punitivo, degradante y arbitrario por parte de la gente y las políticas asociadas a las burocracias del bienestar. Ser dependiente en nuestra sociedad implica estar legítimamente sujeta a la frecuentemente arbitraria e invasiva autoridad de quienes suministran servicios sociales, y de otros administradores públicos y privados que aplican reglas que la persona marginal debe acatar, ejerciendo además poder sobre sus condiciones de vida (2003: 95-96).

Colombia no es ajena a la adopción de este modelo de reconocimiento que, a través del derecho a la especial protección, genera nuevas formas de dependencia y subordinación que producen nuevas condiciones de injusticia. Los sujetos y grupos aquí se enfrentan injustamente a un orden que, de manera permanente, prorroga sus derechos especiales con paliativos genéricos irrisorios y con desbordantes órdenes de acciones de tutela que operan como recurso judicial insuficiente, en tanto que por este medio son improcedentes las reivindicaciones de carácter económico y en todo caso las de carácter cultural que son apenas tenidas en cuenta a la luz de la cultura tradicional dominante que ha estructurado y estructura la sociedad conforme con sus *habitus*.

Bajo este contexto general, Colombia está en mora de responder a esta pregunta: ¿en qué medida este derecho produce modificaciones reales en beneficio de los sujetos y grupos de especial protección en los campos del orden social colombiano tanto en el orden económico, cultural y simbólico? O, por el contrario, ¿debería admitir que este instrumento le sirve para reproducir su situación de subordinación y, en consecuencia, para mantener el orden de dominación establecido?

Por lo pronto, hoy el estado de esta cuestión solo permite plantear la hipótesis de que este derecho no contribuye a cerrar la brecha social de la desigualdad, sino que más bien produce los efectos contrarios; es decir, conduce a la división de la sociedad en dos campos: el de los sujetos en situación de normalidad —que corresponde al campo de los incluidos y privilegiados, cuyos derechos funcionan en el orden social— y el de los sujetos en situación de anormalidad —que son los que componen el campo de los especialmente protegidos o en desventaja, cuyos derechos se plantean como meras promesas de un trato especial y un reforzamiento de su protección jurídica que los subordina a la dependencia del Estado y los ubica en el campo de los sujetos incapaces y excluidos en el orden social<sup>22</sup>—.

<sup>22</sup> Esta hipótesis puede encajar también en la noción del orden social que Bourdieu (1979) describía en su obra *La distinción*, haciendo referencia al contexto francés, en la cual sostiene que ese orden social está estructurado entre los sujetos y grupos que se diferencian por los gustos de lo distinguido y lo vulgar, cuya clasificación y jerarquía del orden está determinada por el capital económico, cultural y simbólico que habitualmente tienen unos y otros y que hace que ambos ocupen ciertos lugares establecidos en el orden social y estén llamados

No obstante, este problema ha llevado a una lucha individual y colectiva de estos últimos, dirigida a la búsqueda de las justicias de reconocimiento y redistribución que garanticen verdaderos procesos de igualdad e inclusión.

En esa lucha, la realidad social de los agentes y la pluralidad de los mismos en Colombia rebasa las disposiciones jurídicas de la especial protección que intentan sintetizar y uniformar a los sujetos y grupos en ciertas categorías genéricas asociadas a necesidades también generales, impersonales y abstractas de una especial protección,<sup>23</sup> por lo cual se deben ampliar los reconocimientos y la respuesta a las necesidades concretas, sin desconocer la identidad común o la interseccionalidad entre los grupos y sin olvidar las reivindicaciones económicas necesarias para brindar una especial protección completa<sup>24</sup>.

En este sentido, Colombia está en deuda con el logro del significado positivo de la especial protección y para poder alcanzarlo deberá transformar las circunstancias que afianzan su sentido negativo, así como modificar el orden social establecido que sigue dejando a los sujetos y grupos de especial protección en desventaja frente al resto de la población.

---

a realizar ciertas prácticas que garantizan el mantenimiento de este orden. En igual sentido, el orden social colombiano, con sus particularidades, sigue esa estructura de la dominación sobre ciertos grupos sociales, lo que pone en cuestión el derecho a la especial protección como remedio para corregir ese orden social de la desigualdad.

<sup>23</sup> Al respecto, se está de acuerdo con Peter Pal, quien sostiene que la subjetividad escapa a las capturas de cualquiera estructura social que intenta moldearla en las más insospechadas direcciones: en las modalidades inéditas de sociabilidad, resistencia e implicación con el presente. Pal advierte que el sistema siempre busca capturar el sujeto, pero el sujeto tiene varios pliegues y desde ese adentro se puede hacer y ser otro (Sánchez *et al.*, 2010: 31).

<sup>24</sup> Esto significa que aquellas cuestiones culturales varían según los sujetos y grupos, pero el núcleo común entre ellos es que, más allá de sus condiciones identitarias diferenciadas y menospreciadas, existen reivindicaciones económicas pendientes. Por lo tanto, un sujeto común entre los sujetos y grupos de especial protección siempre serán los pobres, porque en la mayoría de estos sus demandas están fundadas en injusticias económicas que por sí solas han constituido unas identidades en condiciones de pobreza que los hace reconocibles de ciertas injusticias. De allí que la condición de las carencias económicas sea una circunstancia genérica de especial protección.

## Conclusiones

Analizado este derecho de la especial protección desde su concepción positiva y negativa en el caso colombiano, puede aceptarse que este postulado constitucional ha servido para la adopción de un modelo de reconocimiento en el derecho estatal que establece ciertas clasificaciones entre los sujetos coasociados entre sujetos de normal protección y sujetos de “especial protección”<sup>25</sup> y esto ha promovido, en la colectividad, procesos formales de reconocimiento entre los sujetos y grupos que la componen y expectativas de cambio de sus situaciones de desventaja, pero esto, a su vez, ha oscurecido la realidad de la reproducción de las desigualdades en el orden social.

Este estudio se adentró en el núcleo del derecho a la especial protección, en el cual se revela su esencia como un postulado cuya naturaleza abierta y abstracta se debate entre su sentido positivo y su sentido negativo: en el primer caso, como un derecho real dirigido a modificar materialmente las desventajas culturales de estatus y de clase de aquellos sujetos menospreciados del orden social, lo que provoca, desde una perspectiva dual, serios reconocimientos y redistribuciones, y garantiza verdaderos cambios en la igualdad social, cultural, económica y simbólica de aquellos sujetos; y, contrariamente, en el segundo caso, como una cláusula jurídica discursiva dispuesta a favor del Estado, a través de la cual se ofrecen ciertos reconocimientos a los sujetos y grupos desaventajados de la sociedad y se les promete una igualdad material que viene aparejada con una condición de reproducción del orden social establecido, lo que conlleva una nueva sociedad con unos nuevos sujetos y grupos reconocidos, pero subordinados y dependientes a ese mismo orden de desigualdad social, cultural, económica y simbólica.

Esto obliga a concluir que ese derecho a la especial protección se enfrenta a los límites, las contradicciones y las pugnas políticas que albergan las reglas

<sup>25</sup> El sujeto de normal protección es el sujeto general, impersonal y abstracto del Derecho moderno, en el que formalmente deberían encajar la mayoría de los individuos y el sujeto de especial protección, es “supuestamente” la excepción a esa regla general, es decir, es el sujeto diferente discriminado, marginalizado y en circunstancias de debilidad manifiesta. No obstante, este reconocimiento ha mostrado que en la práctica esa excepción se ha convertido en la regla general, que hoy opera bajo un derecho excepcional.

de derecho; es decir, este no se comprende si se le examina desde una concepción meramente positiva, es necesario analizarlo también desde su concepción negativa para conocer la realidad que entraña y que se materializa en la sociedad. Para esto, resulta fundamental comprender que la conceptualización de la regla de derecho sobre el derecho a la especial protección no es correcto concebirla e interpretarla en una sola vía, en su sentido dogmático, pues, como lo sostiene Twining, toda regla de derecho está limitada por las presiones políticas reales y por los límites impuestos por el monismo jurídico, mediante el cual existe solo una fuente formalmente legítima de derecho que es el producido por el Estado nación y que desconoce otras fuentes normativas no estatales que determinan la realidad social.

Para este estudio, por el contrario, se comparte con Twining que, para hallar el sentido real del derecho a la especial protección,

[...] se deben ampliar esos límites hacia la perspectiva del pluralismo jurídico y superar el discurso individualista metodológico, según el cual las reglas son representaciones, ideas, conceptos que representan —como un mapa— el terreno y los obstáculos que nos confrontan en el mundo externo, ya que esto deja por fuera las actuaciones dialógicas [que no siempre son coherentes y que construyen distintos discursos] (Twining, 2003: 105-106).

Así, pues, en el significado del derecho a la especial protección hay que descifrar esos distintos discursos estatales y no estatales que intervienen y construyen el sentido real de este postulado, ya que en la formulación y materialización de las reglas intervienen relaciones múltiples y complejas que no pueden ser desconocidas a la hora de valorar y descifrar su significado (entre ellas, las que vienen desde el discurso de los sujetos y grupos de especial protección).

En Colombia, ese derecho a la especial protección se muestra como un instrumento positivo a través del cual se reconocen los sujetos y grupos “en posición de desventaja” con relación al resto de la sociedad, para que estos puedan superar sus desventajas y realizar su proyecto de vida en condiciones dignas y justas. Sin embargo, aquella institución no ha sido puesta en tela de juicio como el medio para mantener privilegios injustificados a favor de ciertos sujetos, grupos y el orden social establecido, o para identificar aquellos sujetos desaventajados para hacerles más gravosas sus condiciones de existencia, reproducir sus desventajas y su posición subordinada en el

orden social. En este estudio se avanza en el último discurso y se descubre que ese derecho a la especial protección ha desarrollado más ese sentido negativo de esta categoría jurídica, toda vez que no contribuye a cerrar la brecha social de la desigualdad, sino que produce los efectos contrarios. Es decir, conduce a la división de la sociedad en campos desiguales.

Este postulado constitucional está construido con base en el derecho moderno, a partir del cual se ha creado un modelo de reconocimiento por exclusión como consecuencia de que hay unos sujetos y grupos especiales que no encajan en el sujeto liberal, y a quienes, a través de esta figura, se les inventa un derecho excepcional, insuficiente y paralelo al derecho de la normalidad, y se reproduce el discurso del derecho desigual de la modernidad.

En este sentido, el derecho a la especial protección poco ha avanzado en la materialización de una igualdad real, pues por medio de él se han satisfecho necesidades muy básicas mediante la apelación de estos sujetos a las ya acostumbradas acciones de tutela, pero sus promesas de un trato digno y significativo para romper con las cadenas de sus desventajas en lo cultural, lo económico, lo simbólico y en su posición de inferioridad en el orden social no es una realidad.

El contenido de este derecho, que por hoy constituye un reforzamiento de su protección jurídica, si bien promueve un reconocimiento, no ha avanzado en la perspectiva dual que conjuntamente comprende la redistribución de recursos. En el primer caso, ese reconocimiento es imperfecto, porque el respeto igual de sus derechos viene dado por su integración a las normas culturales dominantes de la sociedad y no modifica su estatus cultural, y, en el segundo caso, porque no hay una redistribución que modifique sus condiciones de clase, lo cual no se suple con subsidios irrisorios que los subordina a la dependencia del Estado y los ubica en un campo despreciado en el orden social. En una perspectiva justa del derecho a la especial protección, todo esto debe cambiarse.

En este sentido crítico, la categoría jurídica de la especial protección en Colombia no escapa a la contradicción de ese sentido positivo y negativo del término, como tampoco al uso discursivo de un reconocimiento que aparenta ser de una sola cara positiva cuando, en realidad, conserva también una cara negativa, frente a lo cual resulta necesario apelar a la propuesta de

Boaventura de Sousa Santos (2007) de la reinención del Estado y el Estado plural, basado en un constitucionalismo experimental que niegue el discurso centralista occidental y promueva un real pluralismo jurídico.

El Estado colombiano tiene que reinventar la forma de reconocimiento del derecho mismo para reconocer a todos los individuos y a los colectivos en su totalidad a partir del respeto de sus diferencias y entrar en un diálogo real de reconocimiento recíproco con los demás órdenes normativos de la sociedad, sin caer en el discurso colonial de un derecho esencialista y vertical en desprecio de los demás órdenes normativos y de la performatividad de los sujetos y las colectividades.

En suma, el derecho colombiano debe corregir ese modelo de derecho excepcional de la especial protección, pues aquellos sujetos y grupos no pueden seguir siendo tratados de forma excepcional por medio de un derecho aparente que contribuye con el mantenimiento de las estructuras de estatus y clase en el contexto colombiano. El Estado, por consiguiente, está obligado a garantizar un modelo de reconocimiento diferente que garantice la existencia de ciudadanía plena y no precaria para todos, pero para ello son necesarios cambios estructurales en el reconocimiento de los sujetos, la concepción y operatividad del derecho, y las reivindicaciones de justicia de reconocimiento y redistribución que continúan pendientes.

## Referencias

- Bourdieu, P. (1979). *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus.
- \_\_\_\_ (2011). *Las estrategias de la reproducción social*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Cortés-Nieto, J. D. et al. (2007). La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(Especial), 109-141. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/458>.
- De Sousa-Santos, B. (2007). La reinención del Estado y el Estado Plural. *Observatorio Social de América Latina, OSAL*, 7(22), 25-46. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>.
- Fraser, N. y Honneth, A. (2003). *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*. Madrid: Ediciones Morata.

- Gargarella, R. (1999). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- Honneth, A. (1992). *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona: Crítica, Grijalbo Mondadori.
- Lindahl, H. (2007). Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. En: M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism* (pp. 9-24). Oxford: Oxford University Press.
- Peláez-Grisales, H. (2015). Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), 125-168. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/3289/2631>.
- \_\_\_\_ (2017). El significado ambivalente del reconocimiento del derecho a la especial protección en Colombia. *Universitas*, 66(134), 249-290.
- Rajagopal, B. (2008). Invoking the Rule of Law in Post-conflict Rebuilding: A Critical Examination. *William & Mary Law Review*, 49(4), 1347-1376. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=wmlr>.
- Sentencia T-491, Expediente No. T-2193 (Sala Segunda de Revisión, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 13 de agosto de 1992). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491-92.htm>.
- Sentencia T-043, Expediente No. T-4033636 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 31 de enero de 2014). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-043-14.htm>.
- Sentencia T-1093, Expedientes No. T- 3269793 y T-3327932 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de diciembre de 2012). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-1093-12.htm>.
- Sentencia T-925, Expediente No. T-3.590.293 (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, M. P. Alexei Julio Estrada, 9 de noviembre de 2012). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-925-12.htm>.
- Tamanaha, B. Z. (2008). The Dark of the Relationship between the Rule of Law and Liberalism. *NYU Journal of Law & Liberty*, 3, 516-547. Disponible en: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060975.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060975.pdf).
- Twining, W. (2003). *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Young, I. (2003). *Justicia y política de la diferencia*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes.

## ■ Capítulo 4. ¿Trabajo o función natural? Diferencias de género en el cuidado de niños y niñas\*

Lina Marcela Estrada-Jaramillo\*\*

Johanna Jazmín Zapata-Posada\*\*\*

Margarita Rosa Moreno-Roldán\*\*\*\*

- \* Resultado de la investigación “La organización social del cuidado de niños y niñas menores de 12 años en grupos familiares: caso Medellín”, realizada por el Grupo de Investigación en Familia y el Grupo de Investigación en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana y financiada por la universidad mencionada y la Fundación Bien Humano durante el periodo comprendido entre el primero de octubre de 2015 al primero de abril de 2017. Proyecto con número de radicado 500B-10/15-15.
- \*\* Abogada, especialista en Derecho de Familia y magíster en Derecho de Familia. Docente de la Facultad de Derecho e investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: [lina.estrada@upb.edu.co](mailto:lina.estrada@upb.edu.co).
- \*\*\* Trabajadora social y especialista en Trabajo Social Familiar de la Universidad Pontificia Bolivariana, doctora en Desarrollo y Ciudadanía: Derechos humanos, igualdad, educación e intervención social de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España). Docente de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del Grupo de Investigación en Familia (GIF) de la Universidad Pontificia Bolivariana en la línea de contextos y dinámicas familiares.
- \*\*\*\* Trabajadora social de la Universidad de Antioquia y magíster en Terapia Familiar de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Docente de la Facultad de Tra-